JURISPRUDENCIA CIVIL

COLECCIÓN COMPLETA

DE LAS

SENTENCIAS DICTADAS

POR EL

TRIBUNAL SUPREMO

EN RECURSOS DE NULIDAD
CASACIÓN CIVIL É INJUSTICIA NOTORIA
Y EN MATERIA DE COMPETENCIAS

desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día.

PUBLICADA POR LA DIRECCIÓN

DE LA

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

TOMO 69

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN
á cargo de José María Sardá
Ronda de Atocha, núm. 15, centro

1891

JURISPRUDENCIA CIVIL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
EN
RECURSOS Y COMPETENCIAS

1.ª

RECURSO DE CASACIÓN (2 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Desahucio*.—No ha lugar al interpuesto por la Sociedad de Teléfonos de Madrid en pleito con Doña Josefa Manzanedo (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que en el caso de depender la renovación del arrendamiento de la voluntad del arrendatario, no le es permitido dejar de manifestarla expresamente:

Que no puede entenderse renovado por la tácita *un contrato de arrendamiento, si el arrendatario no practicó gestión, ejecutó acto ni demostró en forma alguna su propósito hasta que intentó pagar el importe de un plazo cuando había concluído el del arrendamiento:*

Que no es de estimar la infracción del art. 2.º de la ley y decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, la ley 2.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª, y el art. 1652, causa 2.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil, por la sentencia que ordena un desahucio, si lejos de negar el derecho de los interesados para celebrar el arrendamiento estableciendo todas las condiciones que no sean contrarias á la moral ó á las leyes, reconoce la eficacia del contrato y se atiene á sus cláusulas, que aplica rectamente, por tratarse de un inquilinato por tiempo determinado y no indefinido:

Que la ley 20, tít. 8.º, Partida 5.ª, al disponer que se entienda prorrogado el arrendamiento por un año si el arrendatario fincare en la cosa por tres días ó más después que el tiempo fuere cumplido, *se refiere á los predios rústicos:*

Que son también inaplicables dicha ley, el art. 2.º de la de 9 de Abril de 1842 y el 5.º del mencionado decreto de Cortes, si el propietario de las habitaciones alquiladas, no sólo no consintió tácitamente en renovar el contrato, sino que presentó la oportuna demanda á los tres días de espirado el término que se había fijado para la duración de aquél:

Que si el recurrente, en el escrito de instrucción, sin promover incidente en forma sobre la falta de personalidad del recurrido, se limitó á protestar, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la jurisdicción que procediese, contra la nulidad de lo actuado, y se acordó tener presente á su tiempo tal protesta á los efectos que hubiere lugar, no puede la misma surtir efecto alguno para los del recurso.

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Oeste de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por Doña Josefa Manzanedo é Intentas, Marquesa de Manzanedo, como administradora interina judicial de la testamentaría de su difunto padre el Duque de Santoña, representada por el Procurador D. Luis de Figuerola y defendida por el Doctor D. Germán Gamazo, con la Sociedad anónima de París, denominada Sociedad de los Teléfonos de Madrid, y en su nombre el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Letrado D. José Feliú y Codina, sobre desahucio:

Resultando que Doña María del Carmen Hernández Espinosa, Marquesa viuda de Santoña, administradora interina judicial de los bienes que constituyen la testamentaría de su difunto esposo D. Juan Manuel Manzanedo, Duque de dicho título, solicitó en 19 de Agosto de 1886 que se sacase á pública subasta el arrendamiento de los cuartos terceros interiores y torreón de la casa calle Mayor, núm. 1, correspondiente á la testamentaría, que se hallaban desocupados por haber sido solicitados por Don Pablo Bosch, para instalar en dichas habitaciones la estación central de teléfonos, con arreglo al pliego de condiciones que se había formado, en atención á que se fijaba como término el de tres años renovables y se anticipaban tres anualidades:

Resultando que en el pliego de condiciones que acompañó, se estableció, entre otras: primero, que el arrendamiento duraría tres años, pudiendo renovarse el contrato á voluntad del arrendatario por igual período de años, y siendo renovable igualmente al vencimiento de cada trienio; segundo, que serviría de tipo para la subasta el precio de 5.500 pesetas anuales; y tercero, que el arrendatario anticiparía los alquileres de tres años y pagaría el premio de los trienios sucesivos, por trimestres adelantados:

Resultando que aprobado por el Juzgado el pliego de condiciones, y mandado que bajo las mismas se sacasen á pública subasta los indicados cuartos y torreón, tuvo lugar en el día señalado, presentándose como único licitador D. Pablo Bosch y Barrán, que ofreció tomar á su cargo el arriendo por el tipo de aquélla; y aprobada por el Juez, se autorizó á la Duquesa viuda de Santoña para que, como administradora interina del caudal de la testamentaría de su difunto esposo, otorgase á favor de Don Pablo Bosch la escritura del arriendo que le había sido adjudicado, bajo las condiciones establecidas en el pliego presentado:

Resultando que D. Pablo Bosch consignó en el Juzgado el alquiler de tres años que debían satisfacerse anticipados, y solicitó, mediante á que el remate lo había hecho por encargo y cuenta de la Sociedad formada en París, bajo la razón de Sociedad de los Teléfonos de Madrid, que se la tuviese como subrogada en el remate y se otorgase á su favor la escritura:

Resultando que estimado así y entregada á la Duquesa la suma importe del arriendo anticipado, se otorgó escritura en 16 de Abril de 1887, por la que la Duquesa viuda de Santoña, en el concepto referido, dió en arrendamiento los cuartos terceros interiores y el torreón de la casa núm. 1 de la calle Mayor de esta corte, á favor de la Sociedad de Teléfonos de Madrid, formalizada en París, por término de tres años, que habían empezado á contarse desde el día 14 de Septiembre del año anterior, y bajo las condiciones y garantías que constaban del pliego que se transcribió en la escritura, todo lo cual debería cumplirse estricta y puntualmente por la Sociedad; y D. Pablo Bosch y Barrán y D. Luis Suárez Inclán, representantes que acreditaron ser de aquélla, aceptaron en nombre de la misma el indicado arriendo, comprometiéndola á observar y cumplir las condi-

ciones que habían servido para la subasta y habían sido aprobadas por el Juzgado:

Resultando de testimonio librado de mandato judicial en 23 de Septiembre de 1889 por el Escribano actuario de la testamentaría del Duque de Santoña, que en dicha fecha se encontraba desempeñando el cargo de administradora interina de la testamentaría del difunto Duque su hija Doña Josefa Manzanedo é Intentas, Marquesa de Manzanedo; y que con este testimonio, mandado librar y librado con fecha 23 de Septiembre de 1889, dedujo demanda en 18 del mismo mes la Marquesa de Manzanedo, como administradora judicial de la testamentaría de su difunto padre, que correspondió en turno al Juzgado del Oeste; manifestando, después de hacer mérito del contrato de arrendamiento que queda referido, que la Sociedad de Teléfonos de Madrid entró inmediatamente á disfrutar los cuartos y torreón arrendados, y por tanto, los tres años de duración del contrato habían terminado el 14 de igual mes, y señalándose entre las causas de desahucio la del cumplimiento del plazo del contrato y siendo un principio jurídico que los contratos son ley para los contratantes, pidió se declarase haber lugar al desahucio, apercibiendo de lanzamiento á la Sociedad de Teléfonos de Madrid, si no desalojaba los cuartos terceros interiores y el torreón de la casa núm. 1 de la calle Mayor, dentro del término de quince días:

Resultando que citada la Sociedad de Teléfonos, y verificada la comparecencia prevenida por la ley, la parte actora reprodujo su demanda, y la Sociedad demandada sostuvo la improcedencia del desahucio, fundándose en los textos de la ley de Enjuiciamiento civil, aplicables al caso, en las cláusulas de la escritura de arrendamiento y en los documentos que presentó, que lo fueron, un traslado de la Real orden del Ministerio de la Gobernación de 4 de Diciembre de 1886, por la que se fijaron las líneas telefónicas que necesitaba el Estado en esta corte, y se prorrogó al concesionario hasta el 15 de Febrero de 1887 el plazo para que pudiera tener hecha la traslación y establecida su Central telefónica en punto distinto del que entonces ocupaba, y en el que podría continuar hasta la fecha mencionada. Una certificación del Registro de la propiedad de Occidente de esta corte, de haber inscrito en él la Sociedad de Teléfonos el arrendamiento de que se trata, y un acta notarial de 10 de Octubre de 1889, de la que aparece que en dicho día el Administrador de la Sociedad de Teléfonos trató de pagar á la testamentaría del Duque de Santoña el trimestre de 15 de Septiembre á 15 de Diciembre de aquel año. Y no encontrándose persona habilitada para recibirlo, ofreció consignarlo en el Juzgado á los efectos de derecho:

Resultando que unida á los autos como prueba de ambas partes la escritura de arrendamiento, y desestimada como impertinente la inspección ocular que solicitó la demandada, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 7 de Noviembre de 1889, declarando haber lugar al desahucio de los cuartos terceros interiores y torreón de la casa núm. 1 de la calle Mayor, que ocupaba la Sociedad titulada de los Teléfonos de Madrid; apercibiéndola de lanzamiento si no desalojaba la expresada finca dentro del término de quince días, condenándola al pago de todas las costas ocasionadas:

Resultando que confirmada esta sentencia con las costas por la que en 9 de Enero de 1890 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, ha interpuesto la Sociedad de Teléfonos recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.° La ley del contrato, doctrina legal y jurisprudencia que el Tribunal Supremo tiene formadas en gran número de sentencias, que por notorias era innecesario consignar específicamente, toda vez que la cláusula primera fijaba el término de tres años para el plazo del arrendamiento, pudiendo

renovarse el contrato á voluntad del arrendatario por igual período de años, y siendo renovable igualmente al vencimiento de cada trienio, completando el sentido y la inteligencia clara de que el arrendador y el Juez que aprobó el pliego de condiciones sabían perfectamente que la Estación Central de Teléfonos iba á establecerla el arrendatario, no sólo por los tres años, sino por los trienios sucesivos, hasta completar el término de veinte años porque le fué adjudicado dicho servicio público; la cláusula tercera del contrato, que al establecer que el arrendatario anticiparía los alquileres de tres años, dispone que pagará el precio de los trienios sucesivos por trimestres adelantados, y no habiéndose consignado que la manifestación de la voluntad del arrendatario había de ser expresa antes que concluyesen los tres años, podía, por la tácita, según costumbre de Madrid, continuar el arrendamiento, y en el presente caso continuó de hecho por voluntad del arrendatario y tácito consentimiento del arrendador por más de tres días, quedando por tal motivo renovado el contrato por otros tres años:

2.º El art. 2.º de la ley y decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, que dice: que los arrendamientos de cualquiera finca serán también libres, á gusto de los contratantes; la ley 2.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, en sentencia de 8 de Febrero de 1861 y 7 de Febrero de 1869, que previenen que la observancia de los pactos puestos en el arrendamiento es obligatoria, no siendo contra las leyes ó buenas costumbres, toda vez que era evidente que la renovación del arriendo, á voluntad del arrendatario, fué establecida á gusto de los contratantes, y que no era contraria á las leyes ni á las buenas costumbres, siendo, por consiguiente, obligatoria la observancia de dicho pacto; y el art. 1562, causa 2.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto afectaba á la parte sustantiva del derecho, y falsa base en que se fundaba la demanda de desahucio, infringiéndose también con ello la doctrina consignada en la sentencia de este Supremo Tribunal de 8 de Noviembre de 1869, que establece el principio de que no prescribiendo la ley el modo ó forma especial en que ha de verificarse el desahucio, queda al arbitrio de las partes la manera de manifestarse mutuamente y con la debida anticipación su propósito de determinar su contrato cuando lo hubieran celebrado por tiempo indefinido, y sin embargo, no hubo la debida anticipación para dar el aviso, ni se dió ninguno por el arrendador, que fundaba su demanda en la causa 2.ª del art. 1562 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Y 3.º El art. 2.º de la ley de 9 de Abril de 1842, y la ley 20, tít. 4.º, Partida 5.ª, así como el art. 5.º del decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido por Real decreto de 6 de Septiembre de 1836, toda vez que si la condición 1.ª fuese en términos absolutos de durar solamente el arriendo tres años, todavía se encontraría el arrendamiento en el caso de tácita reconducción que consignaban las leyes citadas, pues la de Partida, en perfecta consonancia con las demás, convienen en el principio de no poder desalojar el dueño al arrendatario, si por tres días ó más después de concluído el término permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, y en la sentencia aparecía que la administradora de la testamentaría dedujo la demanda de desahucio en 18 de Septiembre de 1889, si bien por falta de uno de los documentos en que pretendía apoyarlo, que no fué expedido hasta 23 del mismo mes de Septiembre, constaba que la cédula de citación á la Sociedad de Teléfonos no tuvo lugar hasta 8 de Octubre siguiente; y aun así, y supuesto que la interposición de la demanda fuese válidamente hecha en 18 de Septiembre, como el término del primer trienio había espirado el 14, aparecía que el arrendatario había ganado el consentimiento tácito de los tres días para no desalojar el local, habiendo cumplido el tiempo sin recibir previo aviso y continuar durante un año, á fin de verificar una traslación dificilísima, como exigía

el servicio telefónico, con la extensión que había tomado en Madrid.

Resultando que admitido el recurso, al darse por instruída de los autos la parte recurrente, manifestó por un otrosí de su escrito de 10 de Mayo último que la Marquesa de Manzanedo no era administradora de la testamentaría del Duque de Santoña cuando entabló la demanda de desahucio, y jurando no haber llegado hasta entonces á su conocimiento este hecho, protestó, bien ante este Tribunal Supremo ó ante la jurisdicción que procediera contra la nulidad de todo lo actuado, pidiendo que así se declarase, con reserva de todos los daños y perjuicios irrogados á la Sociedad; y que por providencia de 14 de Julio se mandó tener presente á su tiempo la manifestación de dicho otrosí á los efectos que hubiera lugar.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que no es de estimar el motivo 1.º del recurso, porque ni el término de la concesión del servicio de teléfonos tiene relación alguna con el del contrato privado de arrendamiento que la Sociedad recurrente celebró con la representación del dueño de los locales en que ha establecido la Estación Central, ni las cláusulas 1.ª y 3.ª de dicho contrato se prestan á la menor duda, apareciendo claramente de ellas que duraría tres años, pudiendo renovarse á su vencimiento, y al de cada trienio á voluntad del arrendatario, que abonaría por anticipado el alquiler total de los tres años y pagaría el de los trienios sucesivos, por trimestres adelantados, ni por depender, según queda expuesto, la renovación del arrendamiento de la voluntad del arrendatario, le era permitido dejar de manifestarla expresamente, ni en todo caso puede entenderse que el contrato se ha renovado *por la tácita*, como sostiene la citada Compañía, mediante á que ésta no practicó gestión, ejecutó acto, ni demostró en forma alguna su propósito hasta que intentó pagar el importe del primer trimestre en 10 de Octubre de 1889, ó sea cuando habían transcurrido veintiséis días desde la conclusión del plazo y veintitrés desde la interposición de la demanda de desahucio:

Considerando que no han podido infringirse las leyes y doctrinas citadas en el motivo 2.º, puesto que la sentencia, lejos de negar el derecho de los interesados para celebrar el arrendamiento, estableciendo todas las condiciones que no fuesen contrarias á la moral ó á las leyes, reconoce la eficacia del contrato y se atiene á sus cláusulas, que aplica rectamente por tratarse de un inquilinato por tiempo determinado y no indefinido:

Considerando que igualmente carecen de aplicación las leyes y doctrina invocadas en el motivo 3.º, toda vez que la ley 20, tít. 8.º, Partida 5.ª, al disponer que se entienda prorrogado el arrendamiento por un año si el arrendatario *fincare en la cosa por tres días ó más después que el tiempo fuere cumplido*, se refiere á los predios rústicos, y que en el presente caso el propietario de las habitaciones alquiladas, no sólo no ha consentido tácitamente en renovar el contrato, sino que presentó la oportuna demanda á los tres días de espirado el término que se había fijado para la duración de aquél.

Considerando que la Sociedad recurrente, en su escrito de 10 de Mayo último, sin promover incidente en forma sobre la falta de personalidad de la Marquesa de Manzanedo para continúar siendo parte en el recurso, se limitó á protestar, bien ante este Supremo Tribunal ó ante la jurisdicción que procediese, contra la nulidad de lo actuado, protesta que se acordó tener presente y que no puede surtir efecto alguno para los del expresado recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Sociedad de Teléfonos de Madrid, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la

certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 2 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* del mismo mes y año.)

2.ª

RECURSO DE CASACIÓN (3 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de patente de invención.*— No ha lugar al interpuesto por D. Luis Anglés en pleito con D. Silvestre Pujós (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que son inadmisibles los motivos del recurso en que se hace supuesto de la cuestión:

Que los artículos 54, 55 y 56 de la ley de 30 de Julio de 1878, reservan expresamente á la jurisdicción civil la cuestión de nulidad ó subsistencia del privilegio de invención.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Enero de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Luis Anglés y Plomé, calderero, vecino de San Andrés de Palomar, con D. Silvestre Pujós y Ramos, comerciante, vecino de Barcelona, y el Ministerio fiscal, sobre nulidad de una patente de inyenión, autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, dirigido y representado por el Licenciado Don Antonio Coma Xarpelle y el Procurador D. Luis Figuerola; habiéndolo estado el recurrido por el Letrado D. Laureano Figuerola y el Procurador D. Fernando Flores:

Resultando que en 30 de Julio de 1884 solicitó del Gobierno D. Silvestre Pujós privilegio de invención de un nuevo resultado industrial, consistente en trenza plana de yute, cáñamo, etc., fabricada mecánicamente, expresando en su instancia y en la memoria descriptiva que acompañó, que dicha trenza, siendo de cáñamo, tenía crecido consumo, por emplearse en grande escala en la fabricación de alpargatas, y que lo esencial del aparato con que se fabricaba, también de su invención, era el movimiento de dos platos circulares con sus encajes de los rodetes combinados con dos guías, que hacían que el rodete conducido por un plato fuese arrastrado por el otro al llegar al punto de tangencia; expidiéndosele por Real orden de 20 de Noviembre del mismo año 1884, la patente de invención, sin garantía del Gobierno, en cuanto á la novedad, conveniencia ó utilidad del objeto sobre que recaía el privilegio; teniéndose por establecida dentro del término legal de dos años la industria privilegiada por otra Real orden de 13 de Abril de 1885, inserta en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del propio año:

Resultando que en 28 de Abril de 1885, Pujós, por medio de Notario, requirió á D. Juan Jordí, alpargatero, vecino de San Martín de Provensals, y suegro del demandante y recurrente Anglés, para que dejara de fabricar mecánicamente trenza plana de cáñamo y yute, por haber sabido que venía haciéndolo en su casa, contestando á este requerimiento Jordí, cuatro días después, que reconocía la exclusiva que en la fabricación de dicha trenza había obtenido Pujós, y en su virtud prometía cesar en la misma fabricación por todo el día 31 de Mayo siguiente, conminándose el mismo en otro caso al pago de daños, perjuicios y costas, y á la multa de 25 pesetas por cada día que retardara el cumplimiento de lo ofrecido, no obstante lo cual, presentado por Pujós escrito al Juzgado de instrucción del distrito del Parque de Barcelona, denunciando á Jordí como usurpador de su

patente, se registraron en 15 de Febrero de 1886 la tienda de éste en San Martín de Provensals, y su almacén y talleres situados en San Andrés de Palomar, encontrándose en la tienda cuatro ó cinco kilos de trenza, que Jordí manifestó ser de la fabricada antes de 30 de Mayo de 1885, y en los talleres huellas y señales de haber sido arrancados recientemente el motor y las máquinas, y denunciando otra vez Pujós que Jordí continuaba en la fabricación en una casa próxima á San Martín de Provensals, fué registrada ésta, que sobre la puerta tenía un rótulo de Fábrica de jabón, ocupándose seis máquinas que á la sazón funcionaban, dirigidas por D. Luis Anglés, el cual, como su suegro, que también se hallaba en el local trabajando como operario de aquél, según manifestó, fueron procesados, acreditándose que desde 1886 no se habían dado aquéllos de alta en el ejercicio de ninguna industria, según certificación de la Administración de Contribuciones y Rentas de la provincia; y dictándose por la Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona en 18 de Mayo de 1889, mucho después de promovido el presente pleito, sentencia absolutoria de dichos dos procesados; en uno de los fundamentos de la cual se estableció que la fabricación mecánica de la trenza de cáñamo y yute era conocida y practicada, no sólo en España sino en el extranjero, con anterioridad á la concesión á Pujós de la patente; apareciendo de los resultandos de dicha sentencia, que se invocó como precedente la fabricación por la casa A. M. Hayet, de Olorón, Santa María, departamento de los Bajos Pirineos, en Francia; y que examinadas por peritos las máquinas de Pujós, informaron ser iguales á las que desde antes venía empleando la citada casa francesa:

Resultando que seguidos autos ordinarios á instancia de D. Luciano Juan Oller, contra D. Silvestre Pujós, sobre nulidad de la patente de invención, el Juzgado de primera instancia del distrito de San Beltrán de Barcelona, en sentencia de 29 de Julio de 1887, falló no haber lugar á declarar nula la Real orden de 20 de Noviembre de 1884, por la que se concedió á Pujós la patente de invención; y denunciado por el mismo Pujós al Juzgado de instrucción del distrito del Parque el hecho de usurparle también su privilegio, fabricando la mencionada trenza D. Marcelino Vié y Valls, se practicó diligencia de reconocimiento en la fábrica de éste, ocupándose varias máquinas, entre ellas ocho destinadas á la expresada fabricación, declarándose procesado á aquél; y presentando luego Pujós escrito manifestando habérsele presentado Vié dándole excusas, ofreciendo cesar en la elaboración, dejar en su poder las máquinas y satisfacer las costas; por lo cual Pujós pidió, que, previa ratificación de ambos, se declarara terminado el sumario, levantando la ocupación de una máquina de vapor y una caldera embargadas, las cuales se entregaron á Vié para que pudiera dedicarse á otra industria: y por el Juzgado se dictó en 10 de Septiembre de 1887 auto declarando terminado el sumario; é incoada también por denuncia de Pujós causa en el Juzgado del partido de Elche contra D. Pedro Revenga y otros por el mismo delito de usurpación del privilegio á su favor concedido para la fabricación mecánica de la repetida trenza plana, la Audiencia de lo criminal de Alicante dictó, estando ya promovido el pleito actual, auto de sobreseimiento, en uno de cuyos fundamentos se estimó nulo dicho privilegio, obtenido por Pujós:

Resultando que en 3 de Diciembre de 1887 presentó D. Luis Anglés demanda, que hubo de corresponder al Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona, solicitando que se emplazara con ella á D. Silvestre Pujós y al Ministerio fiscal, y en su día se declarara la nulidad de la patente de invención concedida á Pujós en Real orden de 20 de Noviembre de 1884, de la trenza plana de cáñamo, yute, etc., fabricada mecánicamente, condenando al mismo Pujós á consentir esta declaración y á indemnizar al actor todos los daños y perjuicios que le habían sido

causados á pretexto de la propia papente nula, y al pago de las costas del juicio; alegando al efecto sustancialmente: que los fundamentos de la petición de la patente por Pujós eran completamente inexactos, pues el producto ha resultado industrial, «trenza plana de yute, cáñamo, etc., fabricada mecánicamente,» no era nuevo, ni tampoco era cierto que hasta entonces sólo se hubiera fabricado á mano, ni que no hubiese sido inventado antes por otro el aparato para la fabricación, y menos aun que no fuese conocido el movimiento de rotación de los dos platos circulares, con los encajes de los rodetes y las dos guías, que hacían que el rodete conducido por un plato, fuera arrastrado por el otro al llegar al punto de tangencia, que Pujós expresó ser lo esencial del aparato, como tampoco era nuevo que tal aparato se destinara á la fabricación de trenza plana mecánica; que A. M. Hayet, fabricante de alpargatas de Olorón, Santa María, departamento de los Bajos Pirineos, en Francia, obtuvo en aquella nación, con fecha 16 de Septiembre de 1876, privilegio de invención para el nuevo procedimiento de fabricación de alpargatas, con costura mécanica de la suela; luego perfeccionó este invento, y en 12 de Noviembre de 1878 obtuvo, como adición á aquél, el privilegio de invención de la fabricación mecánica de la trenza destinada á la elaboración de las suelas de alpargatas, producto igual, indudablemente, al obtenido por Pujós, que había pasado á la práctica, y la casa Duhalde hermanos, del mismo Olorón, lo hacía elaborar desde 1878 á la de A. M. Hayet, para la fabricación de suela de alpargatas; que comparando la descripción que A. M. Hayet hacía de su máquina trenzadora con la que de la suya hacía Pujós en su memoria, se comprendía su identidad, no habiendo más que poner juntos los diseños de las dos para comprender que la de Pujós era una servil copia de la otra, y no siendo nuevo el resultado industrial de Pujós, ni el aparato que supuso haber inventado para obtenerlo, era evidente la nulidad de la patente de invención; y que el demandante tenía establecida en los alrededores de aquella ciudad una pequeña fábrica del mismo producto, la cual Pujós, á pretexto de aquella patente, hizo cerrar, embargándole las máquinas y lo demás existente en dicha fábrica, imposibilitándole de seguir en su industria y causándole grandes perjuicios: adicionando estos hechos en escrito de ampliación, presentado durante el término de prueba, con el de que, con anterioridad á la petición por Pujós de su privilegio, el producto industrial, trenza plana de yute, cáñamo, etc., fabricada mecánicamente, era conocido en España:

Resultando que Pujós impugnó la demanda exponiendo, á más de otros hechos: que al solicitar la patente de invención, lo mismo que al obtenerla y ponerla en práctica, no era conocida por él ni por otra persona alguna la existencia de trenza plana elaborada por medio de máquina, pues toda la que se conocía en aquella región era fabricada á mano, por el antiguo sistema; que siendo desconocido aquel producto tardó en abrirse mercado, en términos que llegó á tener una crecida existencia en trenzas elaboradas mecánicamente, sin presentarse compradores, recelosos sin duda de la bondad ó conveniencia del nuevo producto, hasta que repetidos ensayos lo colocaron en el lugar merecido por su perfección y mayor baratura; y en aumento ya la venta, comenzado, de consiguiente, el período de resarcirse de los cuantiosos gastos del invento y de ponerlo en práctica, tentó esto la codicia de algunos industriales que cautelosamente se dedicaron á usurparle el privilegio, siendo el primero de ellos Jordí, suegro del demandante Anglés, luego Oller y más tarde Vié, respecto de los cuales había seguido los procedimientos ya mencionados, viniendo éstos á confirmar no conocer nadie, ni antes ni después de la obtención de la patente, la existencia ó fabricación de la trenza plana de que se trataba, pues de no ser así, ni Pujós hubiera solicitado la patente, ni luego de obtenida habría

perseguido á persona alguna, ni menos se habrían sometido los industriales infractores á acatar y reconocer el privilegio, ni por fin habría obtenido victoria en el juicio civil seguido con Oller, sobre lo mismo que era objeto del presente; que si bien podía suceder inventase un industrial cualquier producto y resultara más tarde ser ya conocido en el extranjero, toda vez que humanamente no era posible se cerciorase un inventor previamente de si se conocía su invento en alguna parte de la tierra, debía sin embargo observarse que, siendo Barcelona una ciudad esencialmente fabril y comercial y la trenza plana para suela de alpargatas un producto de gran consumo en aquella región, era casi imposible que de ser cierta la existencia de dicho producto en el Mediodía de Francia y en París, como suponía el demandante, no se hubiese expendido y conocido en Barcelona, que sostenía tantas relaciones comerciales con la nación vecina; que el certificado ó patente de procedimiento para la fabricación de alpargatas con costura mecánica de las suelas, expedido en 16 de Septiembre de 1876, á favor de A. M. Hayet, y el de 12 de Septiembre de 1878, para la confección mecánica de trenza para suelas de alpargatas, sobre no reunir carácter de autenticidad, no se referían á la misma clase de trenza plana, objeto de la patente de Pujós, ni aquélla estaba elaborada de la misma manera, demostrándolo la lectura y comprobación de las repetidas memorias, en términos que la trenza elaborada, según la memoria presentada con aquellos certificados, no tendría salida en el comercio por inútil; y que el certificado de Dualde Hermanos, referente á que desde 1878 hacían elaborar en la fábrica de Hayet trenza mecánica de hilo de yute y de cáñamo destinada á la fabricación de suela de alpargatas, era documento expedido por un particular, sin valor ninguno, en su consecuencia, y aun de tenerse como exacto lo en él expuesto, no se refería á la trenza plana objeto del privilegio del demandado, sino á otro producto diferente en su resultado y elaboración:

Resultando que conferido también traslado al Ministerio fiscal, se reservó emitir el dictamen procedente en vista de las pruebas que se practicaran; y abierto el período de ellas, el demandante, además de realizar la testifical, formuló posiciones, manifestando Pujós, al absolverlas, saber que una persona, para él desconocida, fué á Olorón, Santa María, y visitó la casa Dubalde Hermanos y otros puntos de la misma población; que él no había examinado el producto empleado por dichos Duhalde Hermanos, y ser iguales á lo fabricado por el demandante dos trozos de trenzas presentados por el demandante, que se le pusieron de manifiesto; presentando el mismo demandante en el enunciado período de prueba, bajo juramento de no haber tenido con anterioridad noticia de él, un certificado expedido en 29 de Noviembre de 1887 por el Secretario de la Trades Lacie Calendaring Company, establecida en Dundee, expresivo de que, á fines del año 1877, habían recibido de D. Tomás Barradogh de Manchester, una máquina trenzadora, la cual fué empleada por aquella Sociedad, especialmente desde 1880, por mucho tiempo, para obtener de hilazas de yute trenza plana mecánica igual á la empleada en España para las suelas de alpargatas; estando legalizada la firma del citado Secretario por un Notario público de Dundee, la de éste por el Viceconsul de España, y á continuación se hallan las demás legalizaciones correspondientes; y dada vista á la parte contraria, negó ésta autenticidad al certificado, por no emanar de autoridad alguna ni estar expedido con su citación, así como también negó la veracidad del contenido de aquél; manifestaciones que el Juzgado acordó tener por hechas:

Resultando que á su vez el demandado realizó pruebas testifical de posiciones, y documental por testimonios deducidos de las causas seguidas contra el actor Anglés y su yerno Jordí, de la cual también se habían tes-

timoniado particulares en la del demandante, y contra Vié, y del pleito á instancia de Oller; de todo lo que ya se ha hecho mérito; y propuesta por el repetido demandante la pericial, tres Ingenieros industriales de nombramiento de ambas partes, manifestaron acerca de los extremos articulados por las mismas: que comparada la máquina usada por Pujós para obtener la trenza plana con destino á la fabricación de suela de alpargatas con la descrita y dibujada en autos; como la de M. Hayet, si bien con ambas podía obtenerse trenza plana, para la fabricación de dichas alpargatas, existían entre una y otra algunas diferencias en favor de la máquina de Pujós, que consideraban más perfeccionada que la francesa, cuyas diferencias detallaron añadiendo que con el sistema empleado por Pujós, la trenza fabricada sería más regular y más perfecta; pues para resultar plana la que lo fuese con la máquina francesa, debía existir en ella un órgano que la diese forma en el momento de entrelazarse los hilos, aun cuando dicho órgano no estaba representado en los planos ni descrito en la memoria que obraba en autos, pero debía existir, porque suprimiéndole, se fabricaría en la enunciada máquina trenza que no sería plana, y de consiguiente esencialmente distinta de la fabricada por Pujós; que si bien conocían las máquinas para fabricar trenzas y cordones, no tenían noticia se hubiesen aplicado antes de 1884 á la fabricación de trenza plana destinada á preparar suela de alpargatas, desconociendo también existiera esta aplicación, no sólo en el país, sino en el extranjero; y que en los centros fabriles é industriales á que concurrían los peritos, no habían oído hablar de la existencia de fábricas de trenza plana para alpargatas, hasta tenerse conocimiento de la elaborada mecánicamente por Pujós, considerando en consecuencia haber el mismo establecido esta industria, nueva en el país:

Resultando qne unidas las pruebas á los autos, se celebró la oportuna vista del incidente, insistiendo en ella el demandante y demandado en sus pretensiones, y pidiendo el Ministerio fiscal que no se diera lugar á la nulidad de la patente de invención; y continuado dicho incidente por sus demás trámites hasta el grado de apelación que utilizó Anglés, también con período de prueba, en el cual se puso testimonio del auto de sobreseimiento en la causa contra D. Pedro Revenga y otros, y de la sentencia seguida contra el mencionado Anglés y su suegro, de que queda hecha referencia, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en sentencia de 19 de Diciembre de 1889 confirmando con las costas de la segunda instancia al apelante, la del Juzgado, declaró no haber lugar á la demanda, ni en su consecuencia á declarar la nulidad de la patente de invención concedida á D. Silvestre Pujós en Real orden de 20 de Noviembre de 1884, y absolviendo de dicha demanda al expresado Pujós:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas ha interpuesto Don Luis Anglés recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, como comprendido en los casos 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, fundándole:

1.° En la infracción de los artículos 3.°, 9.° y 5.°, y 43 de la ley de 30 de Julio de 1878; los tres primeros en el concepto de declarar válida la patente de autos, cuando según los 3.° y 9.°, es necesario, para que un resultado ó producto industrial pueda ser objeto de patente, que sea *nuevo*, y sólo se considera como tal por el 5.°, lo que no es conocido ni se halla practicado en los dominios españoles ni en el extranjero; circunstancia que no mediaba en el producto industrial objeto de la patente que obtuvo en 20 de Noviembre de 1884 D. Silvestre Pujós, infringiéndose el art. 43 que dispone *son nulas* las patentes de invención cuando se justifica no ser ciertas respecto á su objeto las circunstancias de propia invención y novedad; en el concepto de que justificado como lo está haberse estimado en dos resoluciones judiciales firmes, que el objeto industrial sobre que re-

cayó la enunciada patente carecía del requisito de *novedad*, en los términos de la citada ley, no se declaraba dicha patente nula como ordena el expresado art. 43:

2.° En error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante de documentos auténticos demostrativos de la equivocación evidente del juzgador; porque versando la cuestión de autos acerca de la existencia de un hecho, el de si al concederse á D. Silvestre Pujós la patente de invención de 20 de Noviembre de 1884 el producto industrial sobre que recaía era ó no nuevo; esto es, si era ó no conocido, ó se hallaba ó no establecido ó puesto en práctica en España ó en el extranjero, la Sala, en la séntencia recurrida, aprecia que era nuevo y no conocido en España ni en el extranjero; apreciación errónea: resultando el error del auto firme dictado por la Audiencia de lo criminal de Alicante, y de la sentencia firme de la Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona, en causas promovidas por el mismo Pujós, la primera contra Pedro Revenga y Compañía, de Elche, y la segunda contra Juan Jordí y el recurrente Anglés, como supuestos usurpadores de la patente de invención expresada de 20 de Noviembre de 1884; documentos obrantes en autos en forma auténtica, y en los fundamentos de los cuales se consigna como hechos probados que el producto industrial sobre que recayó la expresada patente, trenza plana de cáñamo, yute, etc., fabricada mecánicamente, era conocido y estaba puesto en práctica en aquella fecha en España y en el extranjero; y como un hecho no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo, quedando ya consignada en resoluciones judiciales firmes la existencia de un hecho, es evidente que al negarse la misma en otra resolución también judicial posterior, se incurre en error de hecho que resulta de un documento público y solemne:

Y 3.° En la infracción del final del párrafo dieciséis, tít. 3.°, libro 4.° de las *Instituciones* de Justiniano, según el que, de cualquier modo que hubiese acontecido un perjuicio á alguno, se quiso que aquel que fuese responsable esté tenido por la acción *in factum*; de la doctrina contenida en la ley 3.ª, tít. 15, Partida 7.ª, que impone la responsabilidad del daño á quien lo hizo ó mandó hacer; y de la doctrina establecida por esta Sala en sentencia, entre otras, de 27 de Diciembre de 1883, según la cual existe la obligación de indemnizar los perjuicios que se ocasionen cuando los que se reclaman proceden de actos voluntarios, practicados en utilidad y beneficio del que los causó; en el sentido de que habiéndose procedido, á instancia de D. Silvestre Pujós, en méritos de la causa seguida contra Don Luis Anglés, al embargo, ocupación y depósito de la maquinaria con que fabricaba dicho Anglés, el género ó producto industrial trenza plana, y del género que se encontró elaborado, con lo que es evidente se le causaron perjuicios; y habiéndose con la sentencia recaída en la causa probado que fué sin razón derecha, no se le condena en la recurrida al abono de tales perjuicios, pedidos en la demanda.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que el motivo 1.° del recurso es inadmisible, porque hace supuesto de la cuestión, y dando por cierto que la máquina y trenza plana, objeto del privilegio obtenido por D. Silvestre Pujós en 20 de Noviembre de 1884, carecen del requisito esencial de novedad, señala como infringidos artículos de la ley de 30 de Julio de 1878, inaplicables desde el momento que la sentencia recurrida, por el conjunto de la prueba testifical, pericial y documental practicada, absuelve de la demanda por estimar que el recurrente no ha demostrado que dichas máquina y trenza carezcan de tan primordial requisito:

Considerando, respecto al motivo 2.°, que el único error que habría podido cometer la sentencia recurrida al no tomar en cuenta las de lo criminal que señala, sería en tal caso el de derecho y no el de hecho, que es

el alegado; y que acerca de éste no cabe suponer su existencia, porque además de que la simple lectura de aquélla muestra claramente que la Sala sentenciadora tuvo presente dichas sentencias, y las apreció como estimó procedente para dictar su fallo, es indudable que las repetidas sentencias sólo declararon sobre la existencia de usurpación y sus responsables, y qué pena é indemnización debían sufrir y abonar con arreglo á los artículos 49 y 50 de la ley de 30 de Julio de 1878, y por tanto no pudieron resolver sobre la nulidad y subsistencia del privilegio de 20 de Noviembre de 1884, cuya declaración reservan expresamente á la jurisdicción civil los artículos 54, 55 y 56 de dicha ley, diferencia que ha venido á reconocer el recurrente en el hecho de promover este pleito cuando todavía estaba pendiente la causa en que se le acusaba como usurpador:

Y considerando que no ha podido infringir las leyes y doctrinas que se citan en el motivo 3.°, referentes á perjuicios y su abono, porque también se parte para esta alegación del supuesto de ser nulo el privilegio, es decir, de lo contrario de lo estimado y resuelto en la sentencia recurrida;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis Anglés y Plomé, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituído, el que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese la certificación correspondiente á la Audiencia de Barcelona con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 3 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 31 del mismo mes y año.)

3.ª

RECURSO DE CASACIÓN (3 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de actuaciones.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. José Ferrer en pleito con D. Francisco Ramoneda (Audiencia de Barcelona) y se resuelve:

Que en el caso del art. 1770 de la ley de Enjuiciamiento civil, el recurso de casación por infracción de ley se ha de formalizar en el preciso término de veinte días, que empezarán á correr desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se ordene la entrega de los autos para aquel efecto, y no habiéndose hecho así, no procede admitirle.

Resultando que por providencia de 11 de Noviembre último, después de declararse no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por D. José Ferrer y Rius contra sentencia dictada por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en 6 de Junio de 1889, en incidente seguido por aquél con D. Francisco Ramoneda, sobre nulidad de actuaciones en un juicio ejecutivo, se mandaron entregar los autos á dicha parte de Ferrer, á quien se había nombrado Procurador y Abogado de oficio, para que en el término preciso de veinte días formalizara el de infracción de ley ó de doctrina, que tenía anunciado:

Resultando qne notificada la referida providencia el mismo día de su fecha, y espirado el precitado término en 4 de Diciembre, el 5 del mismo mes se presentó el escrito interponiendo el recurso, á cuya admisión se ha opuesto el Ministerio fiscal:

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Nepomuceno de Undabeytia:

Considerando que con arreglo á lo dispuesto en el art. 1770 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los casos como el presente, el recurso de casación por infracción de ley se ha de formalizar en el preciso término de veinte días, que empezarán á correr desde el siguiente al de la notificación

de la providencia en que se ordene la entrega de los autos para aquel efecto, y no habiéndose hecho así, no procede admitirle:

Visto lo dispuesto en los artículos 1725, párrafo primero y 1729, número 1.º, en relación con el 1728 de la citada ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto á nombre de D. José Ferrer y Rius, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió, y publíquese el presente en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 3 de Enero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 22 del mismo mes y año.)

4.ª

Recurso de casación en asunto de Ultramar (4 de Enero de 1891). —Sala primera.—*Declaración de quiebra.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Docio en pleito con D. Juan Mazón (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que con arreglo al art. 870 del Código de Comercio actual vigente en Cuba desde 1.º de Mayo de 1886, el estado de suspensión de pagos en que puede constituirse un comerciante, determina un estado de derecho incompatible con el de quiebra simultáneamente:

Que la sentencia denegatoria de la declaración de quiebra, mientras no termine en forma legal el estado de suspensión de pagos en que se encuentra el interesado, no infringe, por no ser aplicables, los artículos 876 y 875 del Código de Comercio, y 1321 y 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba y Puerto Rico:

Que tampoco infringe el art. 873 del mismo Código si no consta que la proposición de convenio haya sido desechada, y tampoco que no se reunieran en número bastante los acreedores, únicos casos en que éstos quedan en libertad de hacer uso de sus derechos, según el mismo artículo:

Que no tratándose de un verdadero estado de quiebra, son inaplicables los artículos 1660, 1317, 1321, 1323, 1324 y 376 de la ley de Enjuiciamiento citada y el 1029 del antiguo Código de Comercio:

Que estimando al denegarla que no ha sido temeraria la petición formulada por un acreedor para que se declare al deudor en estado de quiebra, no se infringe el art. 885 del vigente Código de Comercio, si la Sala no le ha aplicado ni tenido presente, por no tratarse del recurso de reposición, de que hablan los artículos 1324 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, vigentes en Cuba y Puerto Rico, sino de una reposición ordinaria, con arreglo al art. 376 de la misma ley.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Enero de 1891, en el incidente sobre reposición del auto de declaración en quiebra de D. Juan Mazón y Fernández, vecino de la Habana, dictado á instancia de D. José Docio y Valdés, propietario, de la misma vecindad, por el Juzgado de primera instancia del distrito del Este de aquella capital; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el acreedor Docio Valdés, y en su defensa y representación por el Licenciado Don Diego Suárez y el Procurador D. Angel Calvo, contra la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de dicho territorio, dando lugar á la reposición de la reforma pretendida, habiendo estado defendido y representado D. Juan Mazón en este recurso por el Letrado D. Rafael María Labra y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez:

Resultando que por auto de 23 de Febrero de 1888, dictado por el Ju...

de primera instancia del distrito del Cerro de la ciudad de la Habana, publicado en la *Gaceta* de aquella isla, correspondiente al 29 del mismo mes, fué declarado D. Juan Mazón en estado de quiebra á instancia de su acreedor D. Luciano de Lacre, del comercio de París, que desistió después de dicho juicio, quedando terminado:

Resultando que en el mismo mes de Febrero acudió D. Juan Mazon al Juzgado del distrito del Pilar, pretendiendo se le declarase en estado de suspensión de pagos y presentando al efecto la relación de sus bienes y acreedores, entre los que figuraba D. José Docio por un pagaré de 2.000 pesos en oro, contra D. José H. Fernández, garantizado como principal pagador por Mazón, y hecha tal declaración en auto de 20 de dicho mes, presentó la proposición de convenio que hacía á sus acreedores, y por auto de 3 de Marzo siguiente se señaló el día 4 de Junio para la celebración de la Junta oportuna; no constando en autos que llegara á celebrarse, ni que se practicara ninguna otra diligencia:

Resultando que en el mismo Juzgado del Pilar dedujo después D. José Docio, con el pagaré de 2.000 pesos oro, mencionado, demanda ejecutiva contra D. Juan Mazón, que fué despachada por auto de 19 de Septiembre del mismo año 1888; contestando, al ser requerido de pago, que no poseía nada y estaba buscando una colocación que le proporcionara medios para subsistir, pues los efectos del establecimiento en que se había practicado la diligencia de embargo pertenecían á D. Fernando Solozabal, á quien lo había vendido para con su importe pagar el 10 por 100 de contado y otro 10 á un año de plazo, según convenio celebrado con sus acreedores, con quita del 80 por 100 restante; habiéndose decretado por auto de 25 del mismo mes, confirmado por otro de 6 de Octubre, el desembargo de los efectos expresados y entrega á Solozabal; y además, por este último, la formación de pieza separada para sustanciar la demanda de pobreza que dedujo Mazón:

Resultando que en 10 del siguiente mes de Noviembre promovió Don José Docio juicio de quiebra de D. Juan Mazón, repartiéndose el asunto al Juzgado del distrito de Belén, hoy del Este, fundado en que en el juicio ejecutivo que tenía deducido en el Juzgado del Pilar contra Mazón no había podido practicarse embargo alguno por carecer el deudor de bienes; y que éste había sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, pues no sólo había suspendido sus pagos, sino que tenía promovido incidente de pobreza, afirmando que carecía en absoluto de bienes; pidiendo por otrosíes la acumulación á este juicio de quiebra que promovía del ejecutivo que tenía incoado en el Juzgado del Pilar, y previamente que se reclamasen certificaciones de los particulares que señalaba de dicho juicio ejecutivo y de las diligencias de suspensión de pagos, también referidas:

Resultando que decretado así, y unidos dichos particulares, dictó auto el Juez de Belén en 28 de dicho mes de Noviembre, declarando á D. Juan Mazón en estado de quiebra, mediante á que el acreedor D. José Docio había probado los extremos comprendidos en el art. 876 del Código de Comercio y su personalidad con el testimonio de la ejecución despachada á su instancia:

Resultando que en el mismo día D. Juan Mazón, que se hallaba personado con anterioridad en los autos, presentó escrito pidiendo se declarase la nulidad de todo lo actuado, y que para el caso de no estimarla se tuviese por establecido el recurso ordinario de reposición contra el auto dictado, dejándolo sin efecto y condenando en las costas á D. José Docio y á indemnizarle los daños y perjuicios que temerariamente le ocasionaba, alegando para ello: que no era ya comerciante, y por consiguiente no podía ser declarado en quiebra; que el juicio ejecutivo incoado por Docio es-

taba plagado de vicios y defectos, que habían sido objeto de los fundamentos de su oposición, uno de ellos la incompetencia de jurisdicción que llevaba consigo la nulidad de lo actuado, y sin estar resueltas tales cuestiones á favor de Docio por sentencia firme, no era posible que utilizara documentos y actuaciones creadas por la jurisdicción discutida; que aparte de esto carecía de competencia el Juzgado para entender en este juicio de quiebra, porque no sólo había sido admitida la presentación del alegante en estado de suspensión de pagos, sino que había sido declarado en quiebra por el Juzgado del Cerro, llevándose adelante á pesar de sus reclamaciones, y no era posible que la misma persona se hallase comprendida en tres juicios de quiebra simultáneamente: que si bien dicha quiebra decretada en el Juzgado del Cerro quedó terminada, fué por haberse separado del juicio el acreedor de Lacre, que la promovió y obtuvo la declaratoria, decretándose su terminación con audiencia y consentimiento unánime de los síndicos, alcanzando sus consecuencias á todos los acreedores, estuviesen ó no comprendidos en los libros y balances y fuesen ó no citados para el juicio, y por consiguiente á Docio, que además de figurar en todos los estados y relaciones, fué citado en persona, por lo que quedó sujeto por todos conceptos á las resultas de aquel juicio, y sobre todo por la expresa conformidad de los síndicos con la terminación del juicio y auto que la otorgó; que por lo tanto, la única acción que podía ejercitar era la correspondiente contra aquellos síndicos, ó acudir á aquel juicio de quiebra á usar del derecho de que se creyera asistido, pero de ningún modo tratar de hacer revivir el juicio ejecutivo que promovió y quedó fenecido al publicarse en la *Gaceta* y *Boletín* la declaratoria de quiebra hecha por el Juzgado del Cerro, y menos había podido provocar esta tercera quiebra contra quien ya no era comerciante como el mismo sabía: que los datos traídos por Docio para obtener el auto de quiebra cuya reforma pretendía, eran incompletos y por tal medio, ó sea ocultando antecedentes, había conseguido obtener una posición ventajosa respecto de él, lo cual no era procedente: que este nuevo defecto invalidaba lo hecho, porque decidida ya por providencia firme la forma y orden en que debía pedirse la declaratoria de quiebra, no estaba á merced de una de las partes el separarse por su capricho y promoverla de distinta manera á espaldas y sin consentimiento de su contrario; y que por esto, á la vez que pedía la nulidad de lo actuado, establecía el recurso ordinario de reposición, que no debía confundirse con el de oposición á la quiebra, pues éste se contraía á las declaradas, guardando las formas y requisitos legales, y de ningún modo á la obtenida, ocultando al Juez los verdaderos antecedentes, entre ellos el no ser ya comerciante la persona contra quien se dirigía, y la falta de competencia en el Juzgado: y por otrosíes, pidió que se reclamase certificación de varios particulares del juicio ejecutivo que contra él seguía Docio, y que se dejara en suspenso el auto reclamado:

Resultando que decretado así, se trajo á los autos la certificación pedida, de la que resulta, además de algunos de los particulares que se dejan ya referidos y de otros sin importancia, que por la Administración principal de Hacienda pública de aquella provincia se certificó con fecha 26 de Octubre de dicho año 1888, que Mazón había sido dado de baja en la matrícula correspondiente por concepto de almacén de curtidos, situado en la calle de O'Reilly, núm. 47, desde 1.º de Julio de aquel año; que la misma Administración de Hacienda informó que Mazón no aparecía como contribuyente en ningún concepto; que el demandado Mazón había excepcionado en aquel juicio ejecutivo la nulidad fundada en la incompetencia de jurisdicción y en la falta de fuerza ejecutiva del título utilizado; y que el ejecutante Docio en escrito de 22 de Octubre, á fin de promover lo conducente por no haber accedido el Juzgado á la declaración de quiebra de Ma

zón, por hallarse aquel juicio ejecutivo en el trámite de oposición deducida por el ejecutado, pidió certificación del auto mandando despachar la ejecución del en que se alzó el embargo de los bienes en que se hizo la traba, en el concepto de ser del deudor del hecho, de no haberse podido realizar ningún otro embargo por carecer de bienes el deudor, y de que éste había promovido la información de pobreza:

Resultando que evacuando D. José Docio el traslado que se le confirió del escrito de reforma presentado de contrario, impugnó dicho recurso, alegando, entre otras razones, que no era obstáculo el que Mazón no fuera ya comerciante para que pudiera ser declarado en quiebra, porque como lo era al contraer la obligación mercantil que el alegante reclamaba, había quedado sujeto á las prescripciones del Código de Comercio; que carecía de fundamento el decir que la petición de quiebra la hubiera basado en datos incompletos, careciendo de toda importancia los traídos á instancia de Mazón; que la incompetencia de jurisdicción invocada de contrario se basaba en los mismos fundamentos que la opuesta por el mismo Mazón en el juicio ejecutivo en el que había recaído sentencia de remate; quedando por tanto desestimada dicha excepción, si bien había sido apelada dicha sentencia por Mazón, con el fin de ganar tiempo; que las diligencias de suspensión de pagos habían sido abandonadas por Mazón después de haber sido declarado en tal estado, sin que hubiera llegado á celebrarse la Junta para la deliberación y votación de la proposición de convenio; y como según el art. 873 del Código de Comercio, si la proposición de convenio fuese desechada ó no reuniese número de votantes para su aprobación, quedaría terminado el expediente y todos los interesados en libertad para hacer uso de sus respectivos derechos, era evidente que el alegante se hallaba en aptitud perfecta para pedir la declaración de quiebra de ese deudor ante los Tribunales de justicia, cuya jurisdicción se hallaba completamente expedita; que por el desestimiento del acreedor de Lacre del juicio de quiebra que promovió á Mazón, quedó éste reintegrado, con consentimiento de los síndicos nombrados en dicha quiebra, en todos sus bienes, papeles, tráficos y demás derechos, y por lo tanto repuesto en su situación de comerciante, y en la obligación de responder íntegramente de todas sus operaciones mercantiles, pues no había existido convenio ni compromiso alguno que produjera alteración ni modificación de dichas obligaciones; y que á pesar de esto, no había satisfecho Mazón el crédito del alegante ni los de otros acreedores que se presentarían tan pronto como se les convocase, y en cambio aparecía que el comerciante rehabilitado se deshacía de todos sus bienes y se presentaba como insolvente; habiéndose acompañado con este escrito certificación de la sentencia de remate que en 24 de Enero de aquel año 1889 había dictado el Juez del Pilar en los autos ejecutivos contra Mazón:

Resultando que el Juez del Este de la Habana dictó auto en 12 de Febrero de dicho año 1889, y la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio lo confirmó en sentencia de 14 de Octubre siguiente, dejando sin efecto el de 28 de Noviembre de 1888, que declaró á D. Juan Mazón en estado de quiebra, y reservando á éste los derechos que le asistieran para la indemnización de daños y perjuicios contra quien procediera, sin hacer especial condenación de las costas de ambas instancias:

Resultando que, con el depósito de 2.500 pesetas, interpuso D. José Docio Valdés recurso de casación, fundado en los casos 1.º y 4.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, por considerar infringidos:

1.º El art. 876 del Código de Comercio vigente, que en su primer párrafo establece que para la declaración de quiebra á instancia de acreedor sea necesario que la solicitud se funde en título por el cual se haya despa-

chado mandamiento de ejecución ó apremio, y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago, circunstancias que indiscutiblemente concurren en el presente caso, por constar plenamente probado en los autos y reconocido en el quinto resultando de la sentencia recurrida, con relación á la certificación expedida en vista del juicio ejecutivo seguido por el recurrente contra D. Juan Mazón, que se despachó mandamiento de ejecución contra los bienes de éste, que fué requerido de pago, manifestando nada tenía y estaba buscando una colocación que le proporcionara medios para subsistir, habiendo ordenado el Juzgado la formación de pieza separada para tratar la pobreza promovida por Mazón, razón por la que el auto dictado por el Juzgado en 28 de Noviembre de 1888, declarando en quiebra á Mazón, resulta en un todo conforme á la disposición legal transcrita, así como á lo ordenado en los artículos 1321 y 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo por consiguiente notoria la infracción de estos preceptos legales, así en el auto del Juzgado de 12 de Febrero de 1889, como en la sentencia recurrida al confirmar aquel auto:

2.º El art. 875 del Código de Comercio, que preceptúa que procederá la declaración de quiebra, seguida á instancia de acreedor legítimo, pues es incontrovertible, y en los autos así consta, que el recurrente era y es acreedor legítimo de D. Juan Mazón, quien siendo comerciante con establecimiento abierto de pieles y quincalla, el primero de su clase en la Habana, se constituyó fiador, principal pagador de un pagaré que reune todos los requisitos que determina el art. 531 del citado Código de Comercio, siendo también comerciante Mazón en la época del vencimiento del pagaré, por lo que resulta clara y evidente la infracción que se comete del artículo citado al confirmar la sentencia recurrida el auto que revocó el de 28 de Noviembre, que declaró en quiebra á Mazón á instancia del recurrente, como acreedor legítimo del mismo, constando repetidamente en autos que Mazón eran comerciante, ora al suscribir el pagaré, ora á su vencimiento, ó sea á la fecha en que debió ser satisfecho su importe:

3.º El art. 873 del repetido Código de Comercio, que literalmente dice: «Si la proposición de convenio fuera desechada ó no se reuniese número bastante de votantes para su aprobación, quedará terminado el expediente y todos los interesados en libertad para hacer uso de sus respectivos derechos»; toda vez que en el sexto de los resultandos de la sentencia recurrida se consigna que en las diligencias sobre declaratoria de suspensión de pagos promovidos por D. Juan Mazón, por auto de 3 de Marzo de 1888, se tuvo por presentada la proposición de convenio, señalándose el día 4 de Junio de aquel mismo año para la celebración de la Junta para su aprobación, sin que conste que ésta se celebrara, sin embargo de lo cual se declara subsistente el juicio de suspensión de pagos de Mazón, con infracción del citado artículo y de los 1316 y 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil, infracción sólo aplicable, dando al olvido lo dispuesto en dicho artículo del Código de Comercio y el contenido del citado resultando sexto, de las que aparece concluyentemente probado que el recurrente, como todos los demás acreedores de Mazón, desde el día 4 de Junio de 1888 quedó en libertad para hacer uso de sus derechos, y por tanto para presentar, como presentó en el mes de Noviembre de aquel mismo año, la demanda que motivó el auto del 28 de dicho mes, atemperado en un todo á lo dispuesto en los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil que erróneamente se supone en la sentencia recurrida fueron infringidos en aquel auto:

4.º Los artículos 1160, 1317, 1321 y 1323, 1324 y 376 de la ley de Enjuiciamiento civil, por determinar el segundo que el primero se ha de observar en las declaraciones de quiebra, y ordenar éste que el deudor podría oponerse á la declaración de concurso hecha á instancia de sus acreedores dentro de los tres días siguientes al en que le haya sido notificada; y pa

sados los tres días sin oponerse, quedará firme de derecho dicha declaración; pues según se consigna en el resultando 8.º de la sentencia recurrida, D. Juan Mazón no hizo uso, dentro de los tres días de notificado que le fué el auto de 28 de Noviembre, del recurso que le concedía el citado artículo 1160, sino del que autoriza el 376, siendo evidente que al afirmar la sentencia recurrida que Mazón hizo uso de un recurso procedente, al utilizar el que determina el art. 376, ha infringido ostensiblemente los dos artículos citados 1160 y 1317, así como el 376 invocado en la misma sentencia, que dice: que de las demás providencias y autos que dicten los Jueces de primera instancia, con exclusión de los expresados en el art. 381, podrá también pedirse reposición dentro de cinco días, porque no es posible sostener que este artículo contenido en el libro 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil pueda aplicarse al caso presente, que se rige por las disposiciones del libro 2.º, cuyo cap. 13 se consagra especialmente al orden de proceder en las quiebras, señalando taxativamente los casos en que ha de aplicarse á esta clase de juicios alguna otra disposición de la ley no comprendida en dicho capítulo 13, como lo prueba el mismo art. 1317 que se deja citado; siendo una doctrina inaceptable la que sustenta la sentencia recurrida al afirmar que es de aplicación al presente caso el repetido art. 376, cuando el 1324 sólo concede el recurso de reposición contra el auto de declaración de quiebra:

5.º El art. 1029 del Código de Comercio de 30 de Mayo de 1829, vigente en cuanto se refiere á los juicios de quiebra, siempre que no se opongan sus prescripciones á las del vigente, cuya artículo declara: que para que recaiga la reposición del auto de declaración de quiebra, ha de probar el quebrado la falsedad ó insuficiencia legal de los hechos que se dieron por fundamento de ella, y que se halla corriente en sus pagos, circunstancias que ni en la sentencia recurrida ni en el auto que confirma se dice que concurran como causa ó fundamento de la reposición del auto de 28 de Noviembre de 1888, que declaró en quiebra á Mazón; resultando por ello infringida además la doctrina que de conformidad con el artículo citado se consigna en la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en diferentes sentencias, bastando citar la de 24 de Marzo de 1886, en que se dice que para que proceda la reposición de declaración de quiebra, exige terminantemente el art. 1029 del Código de Comercio que se ha de probar, no sólo la falsedad ó insuficiencia legal de los hechos que sirvieron de fundamento á tal declaración, sino que también el quebrado se halla corriente en sus pagos, precepto con el cual concuerda la doctrina establecida por el Tribunal Supremo:

Y 6.º El art. 385 del Código de Comercio, que dispone que el comerciante que obtuviere la revocación de la declaración de quiebra solicitada por sus acreedores, podía ejercitar contra éstos la acción de daños y perjuicios, si hubieron procedido con malicia, falsedad ó injusticia manifiesta, en el concepto de que después de afirmar la sentencia recurrida que atendidas las dificultades jurídicas que entrañaba la cuestión, no podía estimarse temeraria la petición de declaración de quiebra de D. Juan Mazón, formulada por el recurrente, confirma el auto de 12 de Febrero, en que se reservó á Mazón los derechos que le asistieran para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, siendo por ello notoria la contradicción que encierra la sentencia, y quedando por tanto demostrada de una manera evidente la infracción del artículo del Código de Comercio invocado en este motivo, ó sea la incongruencia entre la afirmación y doctrina consignada en la sentencia y lo ordenado en la parte dispositiva detla misma, y entre ésta y lo preceptuado en dicho artículo del Código de Comercio:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que, con arreglo al art. 870 del Código de Comercio ac-

tual vigente en Cuba desde 1.º de Mayo de 1886, el estado de suspensión de pagos en que puede constituirse un comerciante constituye un estado de derecho incompatible con el de quiebra simultáneamente:

Considerando que hallándose en tal estado de suspensión de pagos Don Juan Mazón, según establece la Sala sentenciadora, no puede ser declarado en quiebra mientras aquél no termine en forma legal, y en su consecuencia la sentencia recurrida no infringe, por no ser aplicables, los artículos 876, 875 del Código de Comercio, relativos á la quiebra, ni sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil, citados en los dos primeros motivos del recurso:

Considerando que tampoco se infringe el art. 873 del mismo Código, alegado en el motivo 3.º, porque no consta que la proposición de convenio haya sido decretada, ni tampoco que los acreedores de Mazón no se reunieran en número bastante, únicos casos en que los acreedores quedan en libertad de hacer uso de sus derechos, según el mismo artículo:

Considerando que no tratándose de un verdadero estado de quiebra, son inaplicables también y no han podido infringirse los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil citados en el motivo 4.º, así como el art. 1029 del antiguo Código de Comercio:

Considerando que la declaración que la Sala hace de no ser temeraria la petición formulada por D. José Docio Valdés, no infringe el art. 885 del vigente Código de Comercio, pues la Sala no le ha aplicado ni tenido presente, porpue no se trataba del recurso de oposición, de que hablan el artículo 1324 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, sino de una reposición ordinaria con arreglo al art. 376 de la misma ley, y en este concepto no puede haber la contradicción que se supone en el último motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Docio Valdés, á quien condenamos en las costas y á la pérdida del depósito de 2.500 pesetas que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 4 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Febrero del mismo año.)

5.ª

RECURSO DE CASACIÓN (7 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de cláusula testamentaria y entrega de bienes.*—No ha lugar al interpuesto por D. Alfonso Moya en pleito con Doña Francisca Rodríguez (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que tratándose de un testamento de mancomún, por el que los testadores se instituyeron mutuamente, y para después de la muerte del último de ellos, á unos sobrinos, quedando facultado el sobreviviente para variar esta institución en favor de los demás herederos que nombraran, en el caso de que el comportamiento de los mismos no llenara los deseos del referido sobreviviente, lejos de infringir la ley del testamento y la ley 5.ª, tít. 33, Partida 6.ª, las aplica rectamente la sentencia que estima que aquél estaba facultado para variar, y por consiguiente, revocar y dejar sin efecto la institución de herederos en favor de los citados sobrinos, en el caso de no llenar sus deseos el comportamiento de éstos, sin que obste para ello, tratándose de herederos voluntarios, el que no aparezca justificado en legal forma ese mal comportamiento, toda vez que el testador premuerto no exigió prueba alguna que lo demostrase, revelándose claramente que defería en tal extremo á la apreciación del sobreviviente.

como éste se sometía á la de aquél; y no habiendo motivo para creerle interesado personalmente en dicha revocación, puesto que la herencia debe pasar á los sustitutos, los cuales, y no los primeros, tendrán expedito su derecho para reclamarla según corresponda:

Que no se infringe el principio de que nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro, si la Sala sentenciadora estima que, aun suponiendo prestados los servicios cuyo precio demanda una parte, ha prescrito la acción para reclamar dichos salarios, y nada se alega en contra de esto.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Illescas y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta capital por los consortes D. Alfonso Moya López y Doña Petra Pérez y López, propietarios, vecinos de Valmojado, representados por el Procurador D. Angel Calvo, y defendidos por el Letrado D. Eduardo Dato, con Doña Francisca Rodríguez y Rivera, propietaria, de la misma vecindad, y D. Esteban López Alonso, comerciante y vecino también de Valmojado, viuda y heredera la primera y albacea testamentario el segundo de D. Bernardo López y López, y en su nombre el Procurador D. Hilario Dago, bajo la dirección del Licenciado D. Francisco Javier Cabañas, sobre nulidad de una cláusula testamentaria y entrega de bienes:

Resultando que los consortes D. Bernardo López y López y Doña Eugenia González Gutiérrez otorgaron testamento mancomunado en la villa de Sonseca á 2 de Octubre de 1876, en cuya cláusula sexta dijeron: «Los testadores declaran que por el presente testamento se instituyen y nombran el uno al otro por sus universales herederos, mediante á no tenerlos forzosos, con arreglo á la ley; y después de muerto el último de los testadores, los bienes que quedasen recaerán en sus sobrinos Alfonso Moya López y Petra Pérez y López, la casa de su propiedad sita en Valmojado y su calle de Santa Cruz, núm. 10, con todo el mobiliario, efectos, ropas, vasijas, ganados y demás semovientes, la mitad de los granos y líquidos que existan en la casa y estén pendientes; la tierra de dos y media fanegas del camino del Alamo; otra tierra de fanega y media al sitio del tejar; una viña y tierra contigua al sitio de Juan García; otra viña al sitio de las Praderas y la era de pantrillar; todas estas fincas en término de Valmojado, con la condición de que llegue á realizarse el matrimonio que los nombrados herederos tienen proyectado, y con la obligación en el caso de ser herederos, de mandar celebrar anualmente tres misas cantadas, que se aplicarán una por cada uno de los otorgantes y otra por su sobrina Eugenia González, en los días que haga el año de sus respectivos fallecimientos; cuyo cumplimiento y cargo será por la vida de ambos herederos; quedando facultado el que sobreviva de ambos testadores para variar esta institución en favor de los demás herederos que nombraran, en el caso de que su comportamiento no llenara los deseos del referido sobreviviente, y de los demás bienes que quedan sin designar, una mitad de ellos, excepto 1.000 pesetas, vendrán, una tercera parte á los representantes de Antonia López y López, hermana difunta del testador; otra tercera á los representantes de su difunta hermana Plácida, y la tercera restante á María López Grediaga, hija de su difunto hermano Juan; y la otra mitad, con más las 1.000 pesetas, recaerá por quintas partes, una en los representantes de Damiana González, hermana difunta de la testadora; otra en su hermano Leandro González ó sus representantes; otra en los de su difunta hermana Tomasa; otra en Concepción González, hija de su difunta hermana Cristina, y la restante en su hermano José González; siendo la voluntad de los testadores, que si alguno de los herederos anteriormente nombrados se opusieran

á esta disposición ó á las operaciones de inventario y participación que verificasen los partidores, sea privado de la parte de herencia que pueda corresponderle, distribuyéndose ésta entre los demás partícipes; y advirtiendo á los mismos herederos entregasen sin excusa ni pretexto alguno á Alfonso Moya y López los frutos que éste diga ser de su propiedad»:

Resultando que Doña Eugenia González falleció en Valmojado en 9 de Junio de 1877, y que su viudo D. Bernardo López, que contrajo segundo matrimonio con Doña Francisca Rodríguez, otorgó testamento en la villa de Méntrida á 16 de Mayo de 1888, en el que estableció varios legados: nombró por su única y universal heredera á su esposa Doña Francisca, y por albaceas partidores á D. Esteban López Alonso y D. Claudio López y López, consignando en la cláusula sexta: que con fecha 2 de Octubre de 1876 había otorgado testamento en unión de su primera esposa Doña Eugenia González, instituyéndose ambos cónyuges herederos uno de otro, y después de muerto el último, de los bienes que quedasen recaerían los que se detallaban en dicho testamento en sus sobrinos Alfonso Moya López y Petra Pérez y López, pero quedando facultado el cónyuge sobreviviente para variar esta institución en el caso de que el comportamiento de dichos sobrinos no llenara los deseos del referido sobreviviente, y habiendo llegado este caso, el otorgate revocaba la institución de herederos en cuanto á los referidos Alfonso Moya y Petra Pérez, declarándola nula y sin valor ni efecto, y nula también la facultad que á dicho Alfonso Moya se le concedía de reclamar como suyos los frutos que dijera eran de su propiedad, pues esto no era más que un acto de predilección por parte de los esposos testadores en favor de su referido sobrino; pero éste, por desgracia, no se había hecho digno de ello por su mal comportamiento:

Resultando que D. Bernardo López falleció en 21 de Agosto de 1888, y que en 12 de Noviembre del mismo año dedujo D. Alfonso Moya, por sí y en representación de su mujer Doña Petra Pérez y López, la demanda objeto de estos autos, alegando: que no teniendo hijos D. Bernardo y Doña Eugenia, se llevaron á vivir en su compañía á su sobrina Eusebia González, considerándola como hija, hasta el punto de exigir cuando contrajo matrimonio con el demandante que continuara habitando con ellos, como lo hicieron, hasta que un año más tarde falleció Doña Eusebia; que al contraer matrimonio llevó el actor á casa de sus tíos los bienes heredados de sus padres, consistentes en 75 fanegas de trigo, 10 de guisantes, 22 de cebada, ocho arrobas de garbanzos, cinco de aceite, una tinaja de caber 60 arrobas, un paraus compuesto de cajón, huso y vigas, y las labores de seis y media fanegas de tierra barbechadas, sin que se hiciera constar en documento alguno por la confianza que le inspiraban sus tíos y las promesas que le hacían de no tener que preocuparse de su porvenir; que era asimismo dueño de 12 fanegas de tierra, 1.400 cepas de viña y 400 de temprano, que también ingresó en casa de sus tíos, siendo D. Bernardo el único administrador y dueño de las dos cosechas durante cinco años; que fallecida Doña Eusebia, continuó el actor viviendo con sus tíos en las mismas condiciones, pasando á contraer segundas nupcias á instancia de aquéllos con otra sobrina de Doña Eugenia, ó sea la actual demandante Doña Petra Pérez; que con ésta también siguió viviendo con sus tíos en las mismas condiciones, sin que se cuidara de legalizar la situación de sus bienes, ya por la confianza que tenía, ya por no disgustar á su tía, enferma á la sazón; que la muerte de Doña Eugenia tampoco alteró la situación hasta que, tratando D. Bernardo de contraer segundas nupcias con Doña Francisca Rodríguez, arrendó todos los bienes al demandante, trasladándose á Madrid, de donde regresó después ya casado, instalándose en la casa que por virtud de arrendamiento ocupaba el actor, que se vió precisado á instalarse con su familia en las bodegas de la misma; que desde que D. Bernardo de-

cidió su segundo matrimonio, varió completamente su conducta, llegando á vejar y molestar á sus sobrinos cuando se casó, que tuvieron que abandonar la casa al terminar el arrendamiento; que Moya prestó en ella sus servicios durante cinco años como mayoral de mulas y de bueyes, lo cual se remuneraba en Valmojado con 325 pesetas anuales, por lo cual reclamaba por este concepto de la representación de D. Bernardo 1.625 pesetas, como reclamaba y fijaba las cinco cosechas en 400 fanegas de trigo, 172 de algarrobas y 1.320 arrobas de uva, que prudencialmente podía estimarse que habían producido las fincas del actor; que además reclamaba los bienes que le correspondían por voluntad de Doña Eugenia González, consignada en su testamento, que refirió; que D. Bernardo no practicó á la muerte de su esposa inventario ni operación alguna testamentaria, habiendo observado siempre con él los demandantes una conducta irreprochable, por lo cual rechazaban el mal comportamiento en que se basaba la revocación de la institución de heredero; que ocurrido el fallecimiento de D. Bernardo sin que el demandante tuviera conocimiento de su último testamento, solicitó la prevención del juicio voluntario de testamentaría; que quedó sin efecto por haber presentado la viuda Doña Francisca el testamento en que había sido nombrada heredera; que D. Bernardo no pudo disponer libremente de los bienes dejados por Doña Eugenia González á los demandantes, por lo cual fundaba la petición de nulidad de la cláusula 6.ª de su testamento en la falta de facultades para hacer la revocación, en el hecho de basar ésta en un supuesto falso y calumnioso; en que D. Bernardo falleció sin variar la institución, que en su caso había de ser necesariamente variada á favor de los demás designados herederos por la testadora, y en que había obrado contra la voluntad terminante de Doña Eugenia; suplicando por todo ello que se declarase: primero, que era nula y de ningún valor ni efecto, teniéndose por no puesta la cláusula 6.ª del testamento otorgado por D. Bernardo en Méntrida en 16 de Mayo de 1888, por la que revocaba y anulaba la institución de heredero que hizo á favor de los demandantes en los bienes que detallaba Doña Eugenia González en su testamento de 2 de Octubre de 1876, otorgado mancomunadamente con López, la que se declarase en su consecuencia válida y subsistente; segundo, que por tal declaración se condenase á los demandados á la entrega á los demandantes de los bienes que comprendía la institución; tercero, que así bien era nula dicha cláusula 6.ª en la parte que dejaba sin efecto la voluntad de Doña Eugenia, en cuanto ordenó que se entregasen á Moya los frutos que dijese ser de su propiedad, y por lo tanto condenar á los demandados á la entrega de la mitad de los que había designado como suyos, sin necesidad de prueba alguna; cuarto, que pertenecían en pleno dominio al demandante los frutos que comprendía la mitad restante de los llevados á casa de D. Bernardo con ocasión de su matrimonio con Doña Eusebia González, y las de los producidos por sus fincas en las cinco cosechas que quedaban fijadas, y el paraus y tinaja, cuya entrega también debían hacerle; quinto, que así bien debían pagarle 1.625 pesetas que reclamaba por sus trabajos en casa de D. Bernardo; sexto, que la entrega de frutos se hiciera en frutos ó metálico, al precio que se fijara; y séptimo, que se condenara á los demandados Doña Francisca Rodríguez, D. Esteban López y D. Claudio López al pago de las costas:

Resultando que los demandados impugnaron la demanda, alegando que Don Bernardo y Doña Eugenia, condolidos de la situación de sus sobrinos Eusebio González y Alonso Moya y accediendo á sus ruegos, les tuvieron en su casa manteniéndolos hasta el fallecimiento de aquélla; que ignoraban si Moya tenía bienes de sus padres, pudiendo únicamente asegurar que no aportó á casa de D. Bernardo ninguno de los que enumeraba en la demanda; que Moya continuó habitando en casa de D. Bernardo sin

pagar estipendio alguno hasta el año 1880, en que le arrendó todos sus bienes y se fué á vivir á Madrid; y terminado el arrendamiento en 1885, Moya y su segunda mujer se separaron de D. Bernardo, llevándose los bienes que le pertenecían; que mientras vivieron juntos, D. Bernardo labró gratuitamente algunas tierras insignificantes de Moya, con sus criados y ganado, recolectando también las cosechas, de las que dispuso Moya como dueño, sin que D. Bernardo se aprovechase de nada; que Moya nunca fué criado ni prestó servicios que admitieran remuneración á Don Bernardo López; que por virtud del testamento de éste, su viuda aceptó la herencia, y los testamentarios en unión de los herederos nombrados por Doña Eugenia en su testamento mancomunado, excepción hecha de Moya y su esposa, cuya institución estaba anulada, procedieron á practicar las operaciones particionales, bajo la base de que deducido del caudal el importe de la dote de Doña Francisca, los bienes que pertenecieron á D. Bernardo se adjudicarían á la misma, y los que fueron de Doña Eugenia González á los herederos que ella designó, puesto que al anular la institución hecha en beneficio de los demandantes, la parte que á éstos hubiera correspondido recaía en los demás herederos; y por consiguiente, Doña Francisca ni heredó ni quiso heredar los bienes de Doña Eugenia, ni en su beneficio se hizo la anulación de la institución de los demandantes, sino en favor de los demás herederos; y que según escritura de 27 de Agosto de 1879, otorgada por D. Bernardo y Doña Francisca antes de su matrimonio, ésta aportó al mismo en concepto de dote 13.000 pesetas, y reconociendo á su vez al demandante para el pago de 8.000 reales que era en deber á D. Bernardo como precio del arrendamiento de sus fincas, terminaron suplicando que se les absolviera de la demanda, y caso de que se estimara la nulidad de la cláusula, según se pretendía en ella, se declarase que los demandantes no percibieran otros bienes que la parte proporcional que pudiera corresponderles después de reintegrada la dote de Doña Francisca, condenando á los demandantes á que abonaran á la testamentaría las 2.000 pesetas, precio del arriendo que D. Bernardo le hizo, con las costas:

Resultando que el demandante replicó reproduciendo su demanda é impugnando la reconvención por haber hecho el pago de la cantidad reclamada con el valor de la uva y trigo que le vendió, y el subarriendo de una bodega; y que evacuado por los demandados el traslado de dúplica; y recibido el juicio á prueba, absolviendo posiciones el demandante, dijo que mientras vivió con su tío, los ganados de éste labraron los bienes del declarante, si bien no percibía los frutos; y que en 1880 hicieron partición amistosa, en que el mismo declarante se llevó desde la era á su casa los granos que le correspondieron:

Resultando que practicadas las pruebas que las partes propusieron, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 22 de Marzo de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, absolviendo á los demandados de la demanda en todas las pretensiones que contenía, y asimismo á los demandantes de la reconvención, sin hacer expresa condenación de costas de la primera instancia, estableciendo, entre otros fundamentos, que no se ha probado que D. Bernardo se incautara de los bienes llevados por Moya á su casa, ni de las cosechas en los cinco años que vivieron juntos:

Resultando que D. Alfonso Moya y López, por sí y en representación de su esposa Doña Petra Pérez y López, ha interpuesto recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1.º El principio de derecho de que el testamento es ley, por declararse en él la voluntad del que murió, principio que tiene aplicación perfecta á este caso, en el que se trata de cumplir la voluntad de Doña Eugenia

González, determinada claramente en el testamento mancomunado de 2 de Octubre de 1876; y como la voluntad de ésta era que los recurrentes adquiriesen á la muerte de D. Bernardo los bienes que detalladamente expresó, era claro que no podían ser privados de los mismos sin faltarse abiertamente á la ley que el testamento suponía, sin que obstase que se dijera que era preciso el cumplimiento de la condición impuesta, puesto que no estaba justificado el mal comportamiento de los recurrentes, porque ni López alegó causa alguna que lo demostrara, ni en el curso del pleito se había acreditado tal afirmación:

2.º La propia ley del testamento, al ser interpretado en cuanto á la revocación de la cláusula 6.ª, toda vez que Doña Eugenia González facultó á su marido para variar á favor de los otros herederos la referida cláusula, si la condición que para ello fijaba se cumplía; pero no le autorizó, ni con sus palabras dió motivo bastante para suponer que le autorizaba para revocar en todas sus partes dicha cláusula; y como D. Bernardo López lo que hacía en su testamento era revocarla, resultaba que aun en la hipótesis inadmisible de que la condición se hubiera cumplido, se había aquél extralimitado en el ejercicio de la facultad que le fué conferida, haciendo más de lo que podía:

3.º La ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 6.ª, según la que las palabras del testador deben entenderse llanamente y como ellas suenan; por cuanto la sentencia, al dar como eficaz, válida y buena la revocación hecha por Don Bernardo López, había interpretado las palabras de Doña Eugenia González de modo distinto á como ellas suenan, porque ésta facultó á su marido para variar la institución, pero nunca para revocarla:

4.º Por igual concepto la jnrisprudencia constante de este Supremo Tribunal, contenida, entre otras, en las sentencias de 17 de Marzo de 1865 y 12 de Octubre de 1866, conforme á las que la voluntad del testador debe entenderse cuando es claro y explícito en los mismos términos que la manifieste, sin que pueda suplirse ni ampliarse más allá de lo que su letra y su espíritu comprende; y en el caso presente no se había entendido la voluntad de Doña Eugenia González en los mismos términos que la manifestó, sino en otros muy distintos, puesto que ni gramatical ni jurídicamente podía ser lo mismo variar en sentido determinado una institución que revocarla:

5.º La voluntad de la testadora, que era ley en este caso, al resolverse por la sentencia la reclamación de D. Alfonso Moya, referente á la entrega de frutos que, por ser de su propiedad, estaban en el caso de exigir y tenían derecho de demandar, pues consignada de una manera terminante en el testamento mancomunado dicha facultad, y no apareciendo en él que D. Bernardo estuviese autorizado para revocar la cláusula en que tal facultad se consignaba, ni, por tanto, para privar de su derecho á Moya, era claro que si había de aplicarse la ley del testamento y cumplirse la voluntad de Doña Eugenia, era preciso que se declarase nula la revocación hecha indebidamente por D. Bernardo López;

Y 6.º El principio de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro, lo cual resultaría inevitablemente en este caso si D. Alfonso Moya dejara de percibir los frutos producidos por fincas de su propiedad, y no le fueran satisfechos los jornales que devengó.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que no son atendibles los cuátro primeros motivos del recurso, porque la sentencia reclamada, lejos de infringir la ley del testamento, la 5.ª, tít. 33, Partida 6.ª, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que al efecto se invocan, se atiene á ellas y las aplica rectamente al estimar que D. Bernardo López estaba facultado por el testamento que otorgó de mancomún con su mujer Doña Eugenia González, para variar y,

por consiguiente, revocar y dejar sin efecto la institución de heredero, hecha en favor de los recurrentes, en el caso de que el comportamiento de éstos no llenase los deseos del sobreviviente, como declara el mismo que no los llenaron, sin que obste para ello, tratándose de herederos voluntarios, el que no aparezca justificado en legal forma ese mal comportamiento, toda vez que la testadora no exigió prueba alguna que lo demostrase, revelando claramente que defería en tal extremo á la apreciación de su marido, como éste se sometía á la de ella; y sin que haya motivo para creerle interesado personalmente en dicha revocación, puesto que la herencia ha debido y debe pasar á los herederos sustitutos, los cuales, y no los primeros instituídos, tienen expedito su derecho para reclamarla según corresponda:

Considerando que tampoco es de estimar el motivo 5.º, porque aun reconociendo que el citado D. Bernardo López no estaba también autorizado expresamente por su mujer para revocar, en cuanto á ella, la parte final de la cláusula sexta del referido testamento mancomunado, es lo cierto que la facultad conferida á D. Alfonso Moya de designar los frutos que fuesen suyos, fué y debe así entenderse para el caso de no haberse separado del cónyuge sobreviviente hasta el fallecimiento de éste, y de que se hallaren confundidos en cierto modo sus bienes respectivos, lo cual no aconteció; y porque, aparte de esto, la Sala sentenciadora estima, sin que su apreciación haya sido impugnada en la forma debida, «que no se ha probado que el D. Bernardo se incautase de los bienes llevados por Moya á su casa, ni de las cosechas de los cinco años que vivieron juntos»; constando además por confesión del mismo recurrente, que en 1880 practicaron una partición amistosa, llevándose él á su casa desde la era los granos que le correspondieron;

Y considerando que es inaplicable y no ha podido, por consiguiente, infringirse, en orden á los jornales ó salarios reclamados por el recurrente, el principio de derecho invocado en el motivo 6.º, de que «nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro», porque la Sala sentenciadora estima que, aun suponiendo que tales servicios se hubiesen prestado, ha prescrito la acción para reclamar dichos salarios y nada se alega en contra de esto;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Alfonso Moya y López, por sí y en representación de su esposa Doña Petra Pérez y López, á quienes condenamos, por razón de depósito, al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfarán si viniesen á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 7 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 29 del mismo mes y año.)

6.ª

RECURSO DE CASACIÓN (9 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Reintegro del importe de un seguro.*—No ha lugar al interpuesto por D. Luis Terry, en pleito con D. Esteban Ferrando (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que el art. 652 del Código de Comercio, se refiere especialmente á la relación de las circunstancias del naufragio, que deben hacer bajo juramento el capitán y tripulantes de la nave, disponiendo en el párrafo final que en todos los casos se admita á los interesados la prueba en contra de lo que aparezca en la indicada relación:

Que no lo infringe la sentencia condenatoria al pago de un seguro marítimo, si se funda en las explicaciones dadas por el patrón y marineros del barco acerca de lo que manifestaron ante un Cónsul español, en lo declarado por los trabajadores que cargaron las mercancías en el buque, y en lo que resulta de otras justificaciones practicadas en el pleito:

Que no cabe en casación hacer supuesto de la cuestión haciendo afirmaciones contrarias á lo que rotundamente establece la Sala sentenciadora, á cuyo criterio no es permitido al recurrente oponer el suyo:

Que los considerandos del fallo no pueden ser objeto de casación:

Que según se ha declarado repetidamente, la absolución de la demanda decide todas las cuestiones del pleito.

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Mar de Valencia, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, por D. Luis Terry y Murphy, como representante de la Sociedad Lloyd Andaluz, representada por el Procurador D. Francisco Egea y Gómez y defendido por el Letrado D. Pedro Díaz Cassón, con D. Esteban Ferrando Galiana, propietario, vecino de Callosa de Ensarriá, y en su nombre el Procurador Don José María Abad, bajo la dirección del Licenciado D. Trinitario Ruiz Valarino, sobre reintegro del importe de un seguro:

Resultando que según conocimiento de embarque firmado por Vicente Ripoll, Capitán del laúd español *Concepción*, surto en el puerto de Valencia, fechado en el Grao de dicha ciudad á 17 de Junio de 1882, dicho Capitán recibió de D. Esteban Ferrando, bajo cubierta del expresado buque, por cuenta y riesgo de quien perteneciera, 99 pipas, conteniendo 52.500 litros de vino tinto y 21 cascos, conteniendo 5.765 kilogramos de miel de abejas; lo cual se obligó á entregar en Bône, escala en Altea, á la orden de D. Hilario Ferrando:

Resultando que la razón social Dart y Compañía de la plaza de Valencia, por poder y sustitución de D. Luis Terry y Murphy, abridor del Lloyd Andaluz, aseguraron á D. José Ruiz, por cuenta de quien correspondiera, según póliza fechada en Valencia á las once de la mañana del 19 de Junio de 1882, y firmada por D. Arturo Federico Ivéns, por poder de Dart, la cantidad de 92.830 reales vellón sobre el valor de 99 pipas de vino, valor 68.860 reales, y 21 cascos miel, valor 23.970 reales, embarcados en aquel puerto con destino á Bône, en el laúd español *Concepción*, su Capitán Ripoll, mediante el premio de ½ por 100, bajo las condiciones generales, entre otras, de que tomaban á su cargo, con arreglo al art. 861 del Código de Comercio, todos los riesgos, pérdidas y daños que pudieran acaecer á las mercaderías aseguradas, conducidas bajo cubierta, por varamiento ó empeño de la nave, con rotura ó sin ella, por tempestad, naufragio, abordaje casual, cambio forzado de ruta ó viaje por echazón, fuego, y generalmente todos los accidentes y riesgos de mar; que las indemnizaciones á que daba derecho la póliza serían satisfechas á los diez días de aprobado el arreglo de averías ó de admitido el abandono, ó de la decisión arbitral en los casos de discordia; que si por varias cartas ó avisos contestes se supiese la pérdida total de un buque ó su cargamento, sin que el asegurado pudiera presentar de pronto los documentos justificativos, adelantarían su respectiva cuota á los diez días de exhibidas las cartas ó avisos, mediante fianza á satisfacción de los abridores de devolver la misma cantidad á los seis meses con interés á razón de 6 por 100 al año, si en aquel plazo no hubiese justificado la pérdida, sin menoscabo de sus derechos ulteriores; y que las diferencias que sobre el cumplimiento de la póliza pudieran suscitarse entre el asegurado y aseguradores, se someterían al juicio de árbitros, y estando confor-

mes ambas partes, podrían también someterse al de amigables componedores, teniendo efecto uno y otro juicio con sujeción á las leyes de Enjuiciamiento civil y mercantil:

Resultando que con fecha en Alicante á 26 de dicho mes de Junio, Don José Ruiz cedió esta póliza á favor de D. Esteban Ferrando, cargador y dueño de la mercancía asegurada, según conocimiento de embarque firmado en Valencia:

Resultando que ante el Cónsul general de España en Argel, compareció en 4 de Julio de 1882 D. Vicente Ripoll, y declaró bajo juramento, que con el laúd *Concepción*, de la matrícula de Barcelona, de que era propietario y patrón, tripulado por siete hombres, salió de Altea para Bône el 25 de Junio anterior á las cuatro de la madrugada, llevando á su bordo como cargamento 1.000 docenas de alpargatas, valoradas en 12.000 pesetas; 16.900 litros de vino por valor de 4.237 pesetas; 21 cascos de miel, valorados en 2.250 pesetas; 1.860 litros de vino común, su valor 982 pesetas, y 18.000 litros de vino común, valorados en 4.500 pesetas, cuyos fletadores eran D. Esteban Ferrando y D. José Ruiz; que después de cinco días de navegacion con mar bonancible, á las once de la noche del día 1.º de Julio cayó sobre ellos un vapor, llevándoseles el botalón y parte de la proa, continuando aquél su marcha; y reconocido el casco, que hacía agua, se decidió, después de consultado el caso con la tripulación, á echar al mar dos anclas y á desfondar 36 pipas de vino que llevaba sobre cubierta, permaneciendo á bordo hasta el día siguiente 2 á las seis de la mañana, en que, atendido á que iba hundiéndose por momentos el barco, se embarcaron en la lancha, tomando los papeles de á bordo, y consiguiendo después de veintisiete horas entrar estenuados en el puerto de Cherchel, á cuyo Viceconsulado se presentaron, y que se dirigía á Bône, siendo así que había sido despachado para Cette por haber recibido á última hora órdenes de sus fletadores para obrar así:

Resultando que en 7 del mismo mes de Julio, otros seis individuos de la tripulación del indicado laúd *Concepción* declararon ante el mismo Cónsul, que la relación hecha por el patrón D. Vicente Ripoll era la expresión de la verdad de lo ocurrido:

Resultando que fundado D. Esteban Ferrando Galiana en que habían sido inútiles sus gestiones para que le fuera abonado el importe del vino y miel objeto del seguro, cuya pérdida corría por cuenta y riesgo del asegurador, haciendo mérito de los hechos relacionados, y ejercitando la acción de apremio, conforme al núm. 2.º del art. 1544 de la ley de Enjuiciamiento civil, solicitó en escrito de 15 de Enero de 1883, que se expidiera apremio contra D. José Enrique Dart, como Gerente de la Sociedad Dart y Compañía, representante de la de seguros marítimos Lloyd Andaluz, para el pago de 92.830 reales que le adeudaba por el seguro expresado, intereses y costas:

Resultando que denegada esta pretensión por no constar de una manera indubitada que se hubiera hecho saber á los aseguradores la pérdida de la cosa asegurada, después de una declaración que prestó sobre el particular D. José Enrique Dart, y habiendo insistido por su resultado Ferrando en su pretensión, se mandó por auto de 28 de Febrero expedir mandamiento de ejecución y pago contra la indicada Sociedad, en representación de la de seguros marítimos Llody Andaluz, por la citada cantidad, y requerida al efecto manifestó, que no solventaba la expresada cantidad, por no haber recibido ningún documento justificativo del siniestro ni tener instrucciones de sus principales:

Resultando que requerida en su virtud de pago la Sociedad Lloyd Andaluz, presentó su representante D. Luis Terry y Murphy la cantidad de 25.000 pesetas, en la que se practicó embargo, depositándose en el Banco de

España, y al propio tiempo se opuso al apremio, alegando las excepciones de transacción ó compromiso y falsedad del título, y propuso pruebas:

Resultando que absolviendo posiciones, D. Esteban Ferrando declaró que el laúd fué despachado para Cette, y no para Bône, si bien hizo escala en Altea para descargar guano y tomar una partida de alpargatas, dirigiéndose después á Bône y no á Cette, de orden del declarante, por convenir así á sus intereses; y que dicho laúd embarcó en el puerto del Grao, con destino á Altea, 396 sacos de guano, cuya mercancía se llevaba bajo cubierta, habiendo hecho escala en Altea para descargarla:

Resultando que citadas las partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 14 de Septiembre de 1883, por la que, bajo el concepto de que la parte demandada no había probado las excepciones opuestas, mandó hacer pago con los productos embargados de la cantidad reclamada, intereses y costas; sentencia que se llevó á efecto, previa fianza que presentó D. Esteban Ferrando:

Resultando que instruída sumaria con motivo del abordaje y naufragio del referido laúd, la Junta de Jefes facultativos del Departamento de Cartagena declaró no haber lugar á formación de causa, devolviendo en su virtud el expediente al Comandante de Marina de Barcelona, en 8 de Febrero de 1889:

Resultando que D. Luis Terry, abridor del Llody Andaluz, para destruir los efectos de la sentencia que le había obligado al pago de la cantidad reclamada por D. Esteban Ferrando, dedujo en 13 de Marzo de 1884 la demanda objeto de estos autos, alegando que el laúd *Concepción*, en el mismo viaje que se decía embarcó en el puerto del Grao las 99 pipas de vino y 21 cascos de miel, recibió 300 sacos de guano para su transporte á Altea; que la casa Herederos de J. Carratalá Blanes, en Alicante, era, según noticias, aseguradora, siendo extraño que no recurriese á ella para el seguro D. Esteban Ferrando, á pesar de encontrarse en la misma provincia, y lejos de ello, fuese dicha casa la misma que interesase á otra de aquella ciudad á fin de que el Llody asegurase, haciéndolo por medio de D. José Ruiz, dependiente de Herederos de J. Carratalá Blanes, y además se le había afirmado que dicha casa tenía participación en el laúd *Concepción;* que contra el apremio se utilizaron varias excepciones, derivadas algunas de lo que prescribía el art. 882 del Código de Comercio, de lo que dedujo la falsedad del título y la de iliquidación, las cuales reproducía; que en cuanto á la de falsedad, invocaba el art. 887 del Código, según el cual aquélla anulaba el seguro, derivando dicha falsedad de que no resultaba bien justificado que se embarcase el vino asegurado, y de que si se embarcó fué sobre cubierta, contraviniendo la condición de la póliza que en el conocimiento se supuso cumplida; que en cuanto al embarque del vino, le impresionaba que D. Esteban Ferrando, residente en la provincia de Alicante, trajese mercaderías al puerto del Grao; y que D. José Ruiz, dependiente de J. Carratalá Blanes, prescindía de su casa aseguradora establecida en Alicante, y acudiese para el seguro al representante del Llody en Valencia; que dicho embarque resultaba sólo por el conocimiento, pero lo contradecía la manifestación del Capitán al formular su protesta ante el Cónsul de España en Argel, donde dijo que la pérdida fué de 36.760 litros, siendo el conocimiento de 52.500 en 99 pipas, reservándose aún averiguar si todo el vino que el Capitán dió por perdido correspondía al embarcado por Ferrando y asegurado por Ruiz, pues cabía dudar, viendo que el patrón declaró como fletadores á los mismos Ferrando y Ruiz, sin distinguir la mercancía procedente de cada uno; que restaba también considerar si pudo cargar el laud bajo cubierta 52.500 litros de vino, pues constaba en autos, según confesión de Ferrando, que en el viaje en que se suponía realizado dicho embarque y el de los 21 cascos de miel, cargó en

Valencia 396 sacos de guano, lo cual no era posible, cuando transportando sólo 36.760 litros de vino, 21 cascos de miel y 1.000 docenas de alpargatas, en que consistió la pérdida declarada en la protesta, se hizo necesario llevar sobre cubierta 36 pipas de vino, que fueron desfondadas; que la condición 1.ª de la póliza sólo engendraba responsabilidad para los aseguradores respecto á las mercaderías conducidas bajo cubierta, en cuyos términos supuso el conocimiento hecho el embarque por completo; y si la declaración del Capitán denunciaba que 36 pipas, más de la tercera parte, iban sobre cubierta, era evidente que se faltó á la condición del contrato, ó mejor dicho, que se obtuvo el contrato seguro con falsedad; que aunque apareciese haber habido en realidad embarque de vino, no alcanzando el mismo la importancia que se le supuso en el seguro, y resultando que parte se cargó sobre cubierta, había falsedad que anularía por completo la acción; pero si se quisiera encontrar la analogía entre dicho caso y el de evaluación exagerada, á que se referían los artículos 856 y 857 del Código de Comercio, del mismo modo que éstos prescribían la reducción de la responsabilidad al legítimo valor de los efectos que se probase, habría de rebajarse proporcionalmente la indemnización prometida, por lo que se auguró á la importancia de lo que realmente fué embarcado; y ejercitando el derecho que le quedó á salvo, según el art. 883 del Código de Comercio, en armonía con los artículos 1558 y 1559 de la ley de Enjuiciamiento civil, pidió se condenara á D. Esteban Ferrando á reintegrarle las 23.207 pesetas 50 céntimos, importe del seguro exigido, intereses y las costas que el apremió causó; abonándole también los intereses de las 30.000 pesetas consignadas desde las fechas de los depósitos hasta que tuviese lugar la devolución por el reintegro mencionado y por el percibo del sobrante que acaso resultase después de cubierto lo exigido en el apremio, y las costas:

Resultando que contestando á la demanda D. Esteban Ferrando, con la pretensión de que se le absolviera de ella, confirmando el fallo del expediente de apremio, con las costas al actor, alegó: que la documentación relativa al embarque del vino y miel de que se trataba, la gestionó en la Aduana del Grao Doña Carmen Olmos, y personalmente su representante D. Juan Bautista Montesinos, quien en vista de que Ferrando había verificado varios envíos de géneros á Cette, creyó que llevaría igual destino, y así lo consignó en las facturas; y aunque hizo presente esta equivocación al Montesinos, expresó que nada importaba; que si el Capitán del laúd declaró ante el Cónsul de España en Argel diferente cantidad de vino de la que resultaba en el conocimiento, fué porque allí lo hizo á cálculo, bajo la impresión de la terrible desgracia de que acababa de ser víctima; pero la verdad era lo que resultaba del conocimiento, por ser éste el documento que hacía fe; que todas las pipas de vino y 21 cascos de miel los llevaba bajo cubierta el laúd; pero después del choque ocurrido, y al ver que aquél hacía agua, con objeto de sacar ésta, se subieron 36 pipas sobre cubierta, que eran las que se decidió á desfondar; que el no haber hecho el seguro en casa de Carratalá, fué porque ésta sólo estaba autorizada para asegurar en buques de vela hasta 25.000 pesetas, y el importe del seguro, con las 1.000 docenas de alpargatas que aseguró, excedía de dicha cantidad; no siendo cierto que D. José Ruiz fuera dependiente de dicha casa, ni que ésta tuviera participación en el laúd; que el contrato de fletamento se entendía celebrado con arreglo á lo que resultase del conocimiento, y era el único título en que se fijaban los derechos y obligaciones del naviero, Capitán y fletador en orden á la carga, según los artículos 739 y 799 del Código de Comercio; y, por tanto, á lo que resultaba del firmado por el Capitán Ripol era á lo que debían atenerse las partes, tanto más, cuanto que dicho conocimiento sirvió de base al contrato de seguro; que según el artículo 887, la falsedad del título había de resultar de la incongruencia en

tre el conocimiento y la póliza, y como en el presente caso había armonía entre ambos documentos, no tenía aplicación dicho artículo; y como además, la suscrición de la póliza indicaba presunción legal de que los aseguradores reconocieron justa la valuación hecha en ella, según el art. 856, tampoco tenía aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo de dicho artículo y en el siguiente, porque para ello había de probar el actor que existía fraude ó error por parte del asegurado en la evaluación; que si el Capitán Ripoll al buscar el agua que hacía el buque sacó algunas pipas sobre cubierta, no por ello faltó á la condición 1.ª de la póliza; y aunque no hubiese cumplido la obligación que contrajo según el conocimiento, y aun cuando hubiera sido culpable del naufragio, esto no destruiría las condiciones del seguro, por no haber tenido el demandado participación en ellas, y el asegurador siempre vendría obligado á pagarle la cantidad asegurada, si bien quedando subrogado en el lugar de aquél; que según el art. 877, el asegurado tenía obligación de comunicar á los aseguradores todas las noticias que recibiera sobre los daños ó pérdidas que ocurriesen en las cosas aseguradas, y esta obligación la había cumplido el demandado, según la declaración prestada por D. José Enrique Dart en las diligencias de apremio, y remitiendo á la casa aseguradora la relación rendida por el Capitán ante el Cónsul, probándolo también las cartas que obraban en dichas diligencias y las que acompañaba con este escrito; y que la obligación de pagar el seguro era ineludible, además de lo expuesto, por la conformidad prestada por la casa aseguradora, según las mencionadas cartas:

Resultando que la Sociedad demandante replicó reproduciendo los hechos, fundamentos de derechos y pretensión de su demanda, no prestando asentimiento á los hechos que en la contestación se oponían y á los documentos que había presentado con su escrito; entre ellos una certificación expedida por el Interventor de la Aduana de Villanueva, en la que se expresa que Doña Carmen Olmos embarcó con destino á Cette en el laúd *Concepción*, en 6 de Junio de 1882, 51 cascos con peso bruto de 23.000 kilogramos, conteniendo vino; en el siguiente 7, 47 cascos, pesando 21 kilogramos vino; y en el 17, 21 cascos, con peso de 4.500 kilogramos miel y 4 pipas con 2.240 kilogramos vino:

Resultando que reproducidos también por el demandado en el escrito de dúplica los hechos y fundamentos de derecho de su contestación, se recibió el juicio á prueba, y á instancia del actor se libró certificación por el Jefe del Detall de la Comandancia de Marina de la provincia de Barcelona, en la que se expresa que el falucho *Concepción* se construyó en el astillero de Palamós en el año 1875; que arqueado dicho buque en 1877, resultó con un tonelaje neto de 58,52, habiéndolo adquirido D. Vicente Ripoll en 1882, y asimismo certificó el Comandante de Marina de la provincia de Valencia, que en 17 de Junio de 1882 fué despachado el laúd *Concepción*, de 60 toneladas y de la inscripción de Barcelona, al mando del patrón Vicente Ripoll, para Altea, con cargo de lastre:

Resultando que el demandado suministró prueba de testigos y documentos respecto á la capacidad del buque y á los demás hechos alegados por su parte, y presentados los escritos de conclusiones, la Sociedad demandante solicitó en el suyo que se declarase nulo el seguro hecho á Don Esteban Ferrando de las mercancías mencionadas, é ineficaz por tanto el apremio que instó para el cobro del capital asegurado, intereses y costas; ordenando en su consecuencia la devolución á la Sociedad de las 30.000 pesetas que en garantía depositó, con lo cual quedaría reintegrado de las 23.207 pesetas 50 céntimos, á cuyo pago le condenó dicho apremio, y condenando al repetido Ferrando á satisfacer á la Sociedad los intereses legales de dichas 30.000 pesetas desde que se verificó su depósito, y en las costas del apremio y de este juicio:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó en 7 de Diciembre de 1887 sentencia confirmatoria con las costas, declarando no haber lugar á la demanda propuesta por D. Luis Terry, abridor y representante del Lloyd Andaluz, contra D. Esteban Ferrando Galiana, y procedente la petición de éste en su escrito de contestación á la demanda, y en su consecuencia se absuelve al referido D. Esteban Ferrando Galiana de la demanda, confirmando el fallo dictado en el expediente de apremio en 14 de Septiembre de 1883, declarando en su virtud con derecho á D. Esteban Ferrando Galiana á percibir de los bienes embargados, ó de la cantidad depositada, la suma de 23.207 pesetas 50 céntimos, reclamadas por el mismo como capital del seguro, los intereses legales de esta suma, á razón del 6 por 100 anual, devengados desde el acto del requerimiento al pago y hasta el abono del capital, y las costas causadas en el expediente de apremio, siendo en su caso responsable dicha Sociedad de seguros marítimos Lloyd Andaluz del abono del saldo que de dichas responsabilidades pudieran resultar sobre lo consignado y embarcado, sin expresa condena de costas de primera instancia:

Resultando que la Compañía de seguros marítimos Lloyd Andaluz ha interpuesto contra esta sentencia recurso de casación, fundado:

1.º En que infringe la ley del contrato contenido en la póliza del seguro, toda vez que su primera condición consiste en que las mercancías aseguradas fueran conducidas bajo cubierta, en cuyo sólo concepto toma sobre sí el asegurador los riesgos del seguro.

2.º Que también infringe el art. 887 del Código de Comercio antiguo, aplicable á este seguro, según el cual se declarará nulo, siempre que se haya cometido falsedad á sabiendas, lo cual había tenido aquí lugar, toda vez que falsamente se había prometido llevar la mercancía bajo cubierta, siendo así que el barco no podía contenerla:

3.º Que al negarse la sentencia á resolver sobre la nulidad, en el supuesto de que no se había solicitado la demanda, y sí sólo en el escrito de conclusiones, infringe el principio de que los Tribunales están obligados á resolver sobre lo que piden las partes, y la doctrina de que no es necesario pedir la nulidad de un contrato cuando se le arguye esencial y directamente de falso ó doloso, establecida, entre otras, en la sentencia de 10 de Febrero de 1873, que dice que, si bien es cierta la doctrina de que cuando las acciones se fundan en la nulidad de un acto ú obligación debe solicitarse, si antes no se ha obtenido la declaración de dicha nulidad, y como consecuencia de la misma la de los derechos á que dé lugar, no eran menos ciertas las establecidas igualmente por este Supremo Tribunal de que aquella doctrina no tiene cabida cuando la nulidad no produce la acción, sino que es consecuencia indeclinable de estimarse la que se había deducido, y la de que el dolo causante de un contrato lleva consigo la nulidad de éste:

4.º Que la sentencia contiene error de hecho en la apreciación de la prueba que resultaba de documento auténtico, puesto que de la certificación librada por el Cónsul de Argel resultaba que el Capitán declaró que llevaba 36 pipas de vino sobre cubierta, y no decía que las hubiera subido allí, lo cual ni tenía sentido ni era posible hacerlo en el viaje, declaración que estaba confirmada por seis testigos que componían la tripulación; no obstante lo cual, la sentencia, después de declarar dudosa la cuestión, se inclinaba á estimar probado por otros testimonios posteriores que las pipas fueron bajo cubierta; infringiéndose además el art. 652, y cometiéndose por tanto error de derecho en la apreciación de la prueba, una vez que dicho artículo establece que el Capitán, habiendo naufragado su nave, hará relación jurada del suceso ante la Autoridad más inmediata, que se com-

probará mediante declaración de los individuos y pasajeros que se hubiesen salvado, y si las declaraciones de la tripulación y pasajeros se conformaren con las del Capitán, haría fe en juicio la declaración de éste, si bien se admitía prueba en contrario, y en el caso actual la Sala no prestaba fe en juicio á la declaración del Capitán, á pesar de hallarse corroborada con la de la tripulación del barco:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la sentencia al apreciar las pruebas no infringe el artículo 652 del antiguo Código de Comercio, citado en el motivo 4.º del recurso, ni incurre en el error de hecho que en el mismo se alega, porque aquel precepto legal se refiere especialmente á la relación de las circunstancias del naufragio, que deben hacer bajo juramento el Capitán y tripulantes de la nave, disponiendo en el párrafo final que en todos los casos se admita á los interesados la prueba en contra de lo que aparezca de la indicada relación; y porque además el fallo recurrido se funda en las aplicaciones dadas por el patrón y marineros del laúd *Concepción*, acerca de lo que manifestaron ante el Cónsul de España en Argel, en lo declarado por los trabajadores que cargaron las mercancías en el buque, y en lo que resulta de otras justificaciones practicadas en el pleito:

Considerando, respecto de los motivos 1.º y 2.º, que la Sociedad de seguros marítimos Lloyd Andaluz, para invocar como infringidos la ley del contrato y el art. 887 del expresado Código, hace de la cuestión supuesto, afirmando que una parte de las pipas de vino se transportaba sobre la cubierta del laúd, aseveración que es contraria á lo que rotundamente establece la Sala sentenciadora, á cuyo criterio no es permitido al recurrente oponer el suyo:

Considerando, en orden al motivo 3.º, que sobre dirigirse contra uno de los considerandos del fallo, los cuales no pueden ser objeto del recurso de casación, carece de todo fin práctico, porque en la absolución de la demanda que la sentencia acuerda y que decide todas las cuestiones del pleito, según se ha declarado con repetición, está resuelto negativamente el punto relativo á la nulidad del contrato de seguro, que era el fundamento de la acción ejercitada:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis Terry y Murphy, como representante de la Sociedad de seguros marítimos Lloyd Andaluz, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certificación correspondiente con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 9 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 31 del mismo mes y año.)

7.ª

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (12 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Desahucio.*—Ha lugar al interpuesto por D. Manuel Valle en pleito con D. Segundo García (Juzgado del distrito del Este de la Habana), y se resuelve:

Que la manifestación hecha por el arrendador al arrendatario de no ser su deseo que desocupe de un modo violento la casa alquilada, debe estimarse como un acto de mera consideración, propia de las buenas relaciones existentes entre ambos, sin que pueda dar origen á obligación legal alguna que baste á impedir la terminación del inquilinato; y no estimándolo así la Sala sentenciadora, infringe por indebida aplicación la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado municipal del distrito de Belén, de la Habana, y en el de primera instancia del distrito del Este de la misma ciudad, por Don Manuel Valle y Fernández, en concepto de Presidente de la Sociedad denominada Centro Asturiano de la Habana, representado por el Procurador D. Celestino Armiñán y defendido por el Letrado D. Manuel Pedregal y Cañedo, con D. Segundo García Tuñón y Alvarez, como Presidente de la Sociedad Casino Español de la Habana, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, bajo la dirección del Letrado D. Pedro Díaz Cassou, sobre desahucio:

Resultando que constituída en la ciudad de la Habana una Sociedad de instrucción, recreo y beneficencia, denominada Centro Asturiano, se formó un reglamento, que fué aprobado en junta general de 22 de Abril de 1888 y sancionado por el Gobierno general de la isla en 9 de Junio siguiente, en el cual y su art. 38, núm. 6.º, se establece: que son atribuciones, entre otras, de la Junta directiva, aprobar los contratos que hubiera de celebrar la Sociedad: en el 43, que trata de las atribuciones del Presidente, se consigna con el núm. 4.º, la de celebrar á nombre del Centro los contratos que con arreglo al inciso 6.º del art. 38 aprobase la Junta directiva, y llevar la representación jurídica de la Sociedad en todos los asuntos judiciales ó que se relacionasen con la Administración pública, con arreglo á lo que dispusiera la Junta directiva, única responsable ante la junta general: y en el 87, que las propiedades de todo género que el Centro Asturiano adquiriese no podrían ser gravadas, vendidas ni sustituídas por otras sin conocimiento y aprobación de la junta general:

Resultando que por escritura de 24 de Mayo de 1887 adquirió por título de compra la mencionada Sociedad Centro Asturiano, de D. Emilio Martín González del Valle, una casa sita en la calle de San Rafael, núm. 1, entre las de Monserrate, Zulueta y Obra pía, y en 1.º de Junio del propio año otorgaron escritura D. Manuel Valle y Fernández, como Presidente de la Sociedad de instrucción, recreo y beneficencia, y D. Segundo Leopoldo Carvajal, Marqués de Pinar del Río, como Presidente de la Sociedad titulada Casino Español de la Habana, por la que el primero dió en arrendamiento al segundo la citada casa calle de San Rafael, núm. 1, con exclusión de la parte que estaban ocupando á la sazón el restaurant, el casino y un café que daba á las calles de la Obra pía y Zulueta, durando el contrato seis meses, á contar desde el día 1.º de Septiembre, pudiendo sin embargo prorrogarse á doce, dieciocho y veinticuatro, á voluntad del Casino, entendiéndose que éste optaba por la prórroga, si con un mes de anticipación á los seis, doce ó dieciocho meses no participase por escrito al Centro Asturiano su resolución de dar por terminado el contrato, que no podría extenderse á más de dos años, como no fuera por la voluntad de ambos contratantes, siendo el precio del arrendamiento de 340 pesos oro, pagaderos en los últimos días, á contar desde el mes de Septiembre próximo, dando lugar la falta de pago de dos mensualidades á la rescisión del contrato:

Resultando que en 3 de Octubre de 1890 dedujo demanda D. Benito Celorio, como apoderado de la Sociedad Centro Asturiano, para que la Sociedad Casino Español desalojara la casa calle de San Rafael, núm. 1, que le tenía arrendada, por haberse cumplido el término fijado en el contrato:

Resultando que señalado el día 8 de dicho mes para la celebración del juicio, compareció D. Benito Celorio acompañando, para justificar su representación, un poder que le había otorgado el Centro Asturiano en 30 de Septiembre anterior; y comparecido D. Segundo García Tuñón, como Presidente de la Sociedad Casino Español, negó la personalidad del le-

mandante, porque si bien el poder que presentaba le daba facultades al Administrador de los bienes del Centro Asturiano, debían entenderse las de una administración habitual para que autorizase al Administrador á concurrir en representación en los casos del art. 4.° de la ley de Enjuiciamiento civil, no bastando el apoderamiento para pleitos de que igualmente disfrutaba Celorio; y que además excepcionaba prórroga del plazo del arrendamiento, hecho que se proponía justificar por medio de testigos y valiéndose de posiciones:

Resultando que el demandante replicó sosteniendo su personalidad, invocando los términos de la cláusula 1.ª del poder con que representaba, comprensiva de facultades para regir y gobernar los bienes todos de la Sociedad, arrendándolos y practicando cuantos más actos fueran propios de la administración, y que el caso 2.° del art. 4.° de la ley de Enjuiciamiento civil, que autorizaba á los Administradores para intervenir en los juicios de que conocieran en primera instancia los Jueces municipales, no tenía limitación en la pretendida habitualidad del ejercicio del cargo:

Resultando que recibido el juicio á prueba, compareció D. Manuel Valle, citado para absolver posiciones, manifestando ante todo que con el carácter de Presidente de la Sociedad Centro Asturiano se personaba en el juicio, ratificando los actos de su apoderado, y proponiéndose seguir gestionando en el mismo; y absolviendo las posiciones, expresó que á fines de Agosto conferenció con el Presidente del Casino Español, y le manifestó que no era su deseo que se marchara el Casino de una manera violenta, sino que, por el contrario, quería que encontrase un local conveniente, tomando para ello el tiempo necesario; pero negó que le hubiera asegurado que no promovería el desahucio; expresando asimismo que si bien ese ofrecimiento hecho al Casino fué aceptado por el Presidente del mismo, por cuya razón no se reclamó ni se entregó la casa el día 1.° de Septiembre, no fué por término indefinido, porque entendía poder recabar del Centro Asturiano que no se molestara al Casino en un término limitado:

Resultando que preguntado el demandado al absolver posiciones si tenía ó no celebrado un contrato con el Centro Asturiano, contestó que sí, y que lo celebró verbalmente con Valle, como Presidente, á fines de Agosto próximo pasado:

Resultando que con referencia al libro de actas de la Sociedad demandante, se puso testimonio de la que en 28 de Septiembre anterior celebró la Junta directiva, en la que se aprobó la proposición de que se robusteciese el voto de confianza anteriormente concedido al Presidente para que diese poder amplio y bastante con el carácter de administración para pleitos en general, y como fuera necesario en derecho al Letrado y Procuradores que tuviese por conveniente, con el fin de proceder á demandar al Casino Español:

Resultando que formulados interrogatorios y contrainterrogatorios para los testigos propuestos por la parte demandada y que se encontraban en la Secretaría del Juzgado, renunció aquélla á la prueba testifical, uniéndose al cuaderno de pruebas testimonio del poder presentado en el acto del juicio verbal por D. Benito Celorio, el reglamento general del Centro Asturiano y testimonio del contrato de inquilinato de 1.° de Julio de 1887:

Resultando que, previa citación de las partes, el Juez municipal dictó sentencia estimando el desahucio; y que interpuesta apelación por el Presidente del Casino Español, remitidos por virtud de ella los autos al Juzgado de primera instancia del distrito del Este de la Habana, y celebrado ante él el acto verbal que dispone la ley, en el cual solicitaron respectivamente las partes la revocación y confirmación del fallo apelado, dictó sentencia dicho Juez en 29 de Noviembre de 1889, declarando sin lugar la ex-

cepción de falta de personalidad en el actor, sostenida por la Sociedad demandada; y revocando la sentencia apelada, declaró sin lugar la demanda de desahucio establecida por el Centro Asturiano contra el Casino Español de la Habana para el desalojo de la casa San Rafael, núm. 1, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Manuel Valle, como Presidente del Centro Asturiano de la Habana, ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La ley del contrato consignado en la escritura de 1.º de Junio de 1887, y la ley 6.ª, tít. 7.º, Partida 5.ª, según la cual, alogando un home á otro cosa ó tienda fasta tiempo cierto, pagándole el que la recibe los plazos en que se admitiesen, non le puede echar de ella fasta que aquel tiempo sea cumplido; por cuanto terminado el arrendamiento en 1.º de Septiembre de 1889, se declaró no haber lugar al desahucio propuesto en forma con posterioridad á la espiración de ese término, procediendo decretarlo con arreglo al contrato y á la ley expresada:

2.º La ley 2.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª, según la cual puede arrendar é alogar todo home que a poder de comprar y de vender; y en la sentencia se declaraba prorrogado por tiempo indefinido el contrato de arrendamiento, fundándose en que el Presidente del Centro Asturiano, que no podía comprar ni vender en nombre de esta Sociedad sin acuerdo previo de su Junta directiva, según su reglamento, se obligó con el Presidente del Casino Español á prorrogar por tiempo indefinido el arrendamiento mencionado:

3.º Por aplicación indebida, las leyes 4.ª, 12, 22, tít. 11, Partida 5.ª, título 14 de la misma Partida; la 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación y demás que á continuación citaba la sentencia; incurriendo en error de derecho al apreciar las pruebas, ó sea la declaración prestada por D. Manuel Valle, en el sentido de que éste prorrogó el arrendamiento por todo el tiempo que el Casino Español estimase necesario para buscar y encontrar un nuevo local de su agrado, pues esto no constituía por su vaguedad un verdadero arrendamiento ó prórroga del término por tiempo indefinido, y cuando no se determinaba el período de duración, tratándose de una finca urbana, se sobreentendía que era por meses, si el alquiler era mensual, como sucedía en este caso, puesto que se había fijado el precio de 340 pesos oro cada mes;

Y 4.º El contrato de arrendamiento, por efecto del abuso de jurisdicción en que el Juez de primera instancia había incurrido al conocer de una cuestión que por razón de su cuantía y naturaleza no era propia del juicio de desahucio, toda vez que indirectamente se había suscitado y resuelto por el Juez sobre el valor del supuesto contrato celebrado entre los Presidentes de las dos Sociedades; materia que no era objeto del desahucio y que afectaba al derecho de propiedad que el Centro Asturiano tenía en la casa ocupada por el Casino Español.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que en la hipótesis no admisible de que el Presidente del Centro Asturiano tuviera facultades para prorrogar por sí solo el contrato de arrendamiento, la manifestación que hizo el Presidente del Casino Español de que no era su deseo que desocupara de un modo violento la casa alquilada, debe estimarse como un acto de mera consideración, propio de las buenas relaciones que existían entre ambas Sociedades, sin que pueda dar origen á obligación legal alguna que baste á impedir la terminación del inquilinato; y en este concepto, la sentencia recurrida infringe, por su indebida aplicación al caso del pleito, la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que se alega en el motivo 3.º;

Y considerando que, casada la sentencia en su principal fundamento, no hay para qué discutir los demás motivos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Valle, como Presidente de la Sociedad Centro Asturiano de la Habana, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 29 de Noviembre de 1889 dictó el Juez de primera instancia del distrito del Este de la Habana.—(Sentencia publicada el 12 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Febrero del mismo año.)

8.ª

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (12 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Desahucio.*—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Valle en pleito con D. Segundo García (Juzgado del distrito del Este de la Habana), y se resuelve:

Que al establecer las partes contratantes en una cláusula del contrato de arrendamiento que la falta de pago de dos mensualidades daría lugar á la rescisión, se entiende que no se reservaron el desahucio cumplido un mes, porque en tal caso sería superflua la cláusula indicada, si era la única que precisaba el término, y por consecuencia, al no dar lugar el Juzgado á la demanda de desahucio, fundada en el no pago de una mensualidad, se ajusta á lo convenido y no infringe los artículos 1555, 1556 y 1569 del Código civil.

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado municipal del distrito de Belén de la Habana, y en el de primera instancia del distrito del Este de la misma ciudad, por Don Manuel Valle y Fernández, como Presidente de la Sociedad Centro Asturiano de la Habana, representado por el Procurador D. Celestino Armiñán y defendido por el Letrado D. Manuel Pedregal y Cañedo, con Don Segundo García Tuñón y Alvarez, en concepto de Presidente de la Sociedad Casino Español de la Habana, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, bajo la dirección del Licenciado D. Pedro Díaz Cassou, sobre desahucio:

Resultando que por escritura otorgada en la ciudad de la Habana, á 1.º de Junio de 1887, D. Manuel Valle y Fernández, con el carácter de Presidente de la Sociedad de Instrucción y recreo y beneficencia, Centro Asturiano, dueña del edificio citado en la calle de San Rafael, núm. 1, que ocupaba la Sociedad titulada Casino Español de la Habana, lo dió en arrendamiento á dicho Casino, representado por el Presidente del mismo D. Leopoldo Carvajal y Zaldrid, estableciéndose en la cláusula 3.ª que el precio del arrendamiento sería el de 340 pesos oro cada mes, pagadero en los últimos días, á contar desde el mes de Septiembre próximo:

Resultando que en 7 de Enero del pasado año 1890, la Sociedad Centro Asturiano demandó en juicio verbal, ante el Juez municipal del distrito de Belén de la Habana, al Presidente de la Sociedad Casino Español, sobre desahucio de la casa núm. 1, calle de San Rafael, por falta de pago del alquiler de 340 pesos oro, correspondiente al mes vencido en 31 de Diciembre anterior:

Resultando que señalado día para la celebración del juicio verbal, reproducida la demanda, contestó el demandado que el demandante carecía de derecho para entablarla, puesto que prescindiendo de la circunstancia de haber retirado el cobrador el recibo correspondiente á la última mensualidad vencida para volverlo á presentar después de rehecho en la forma indicada por el contador del Casino, el hecho era que este instituto que

ocupaba la casa de que se trataba en virtud de la prórroga del contrato celebrado por escritura pública de 1.° de Junio de 1887, no podía ser desahuciado sin que faltase al pago de dos mensualidades, toda vez que la cláusula 4.ª de la referida escritura así lo establecía terminantemente, y como había dejado solamente de pagar, por la razón expuesta, la mensualidad vencida en 31 de Diciembre último, no procedía el desahucio, por no haber vencido las dos mensualidades que exigía la citada cláusula 4.ª del contrato, como lo había declarado el Juez de primera instancia de aquel distrito en su sentencia en la apelación de la dictada por aquel en el juicio de desahucio seguido entre las mencionadas Sociedades por espiración del término del contrato; y consignando los 340 pesos del alquiler de Diciembre que se ofrecerían á la Sociedad demandante, pidió se declarase sin lugar la demanda, con costas al actor:

Resultando que el demandante replicó insistiendo en su demanda, por cuanto el demandado había confesado adeudar el alquiler de Diciembre y que se le pasó oportunamente el recibo, no siendo aplicable el contrato que le estimaba prorrogado por el demandado por haber fenecido sus efectos legales en 31 de Agosto próximo pasado, y en la hipótesis de que rigiera la cláusula 4.ª, daría derecho á la rescisión del contrato, pero no impediría cobrar el alquiler mensualmente, conforme á lo prevenido en la cláusula 3.ª del mismo contrato; alegando en favor de esta doctrina la sentencia de 13 de Noviembre de 1884, y rechazando admitir la consignación fundado en la cuantía:

Resultando que el demandado sostuvo en la dúplica la procedencia de la justificación que intentó para acreditar su derecho á no ser desahuciado sino dentro de las condiciones del contrato prorrogado; que el art. 1577 sólo se refería á los medios de justificar el pago; que la sentencia de segunda instancia, cuyo testimonio pidió, la alegaba únicamente como medio de prueba, respecto al hecho de la prórroga del contrato, estado posesorio que regulaba el derecho de una y otra parte:

Resultando que ofrecida al demandante la suma consignada, se negó á admitirla por no ser este el objeto del juicio y por no haber sido pagado á su debido tiempo, siendo devuelta al demandado, que la recibió protestando de la no admisión:

Resultando que recibido el juicio á prueba por término de seis días, el demandado presentó el testimonio de un contrato de inquilinato que obraba á fojas 15, el recibo de alquiler del mes de Noviembre fecha 23, y el testimonio de la sentencia del Juez de primera instancia del distrito del Este en el juicio seguido entre las mismas partes sobre desahucio por vencimiento del término, en la que se declara que dicho contrato ha sido sustituído por otro verbal posterior con todos los requisitos esenciales para su validez, prescindiéndose de cotejo de dicho testimonio por haberlo así admitido el demandante; sin que del contenido de dichos documentos se dé más noticia en la sentencia recurrida:

Resultando que reconocido el recibo de alquiler mencionado por el Presidente, Tesorero y Secretario del Centro Asturiano, que respectivamente lo escriben, absolvió posiciones el demandante D. Manuel Valle, afirmando que había sido notificado como Presidente del Centro Asturiano, con posterioridad á la celebración del primer acto de este juicio, de haber sido consignada en el Juzgado de primera instancia del Este la cantidad de 340 pesos, correspondiente al alquiler del mes de Diciembre próximo pasado de la casa que ocupaba el Casino Español de la Habana:

Resultando que el Presidente de esta Sociedad, absolviendo posiciones, declaró que era cierto recurrió al Juzgado del Este á hacer la consignación por no haberla admitido en aquel Juzgado al actor, y que también era cierto que fué notificado, citado y emplazado para el Supremo Tribunal de

Justicia á virtud del recurso de casación interpuesto por el Centro Asturiano contra la sentencia del Juez de primera instancia de aquel distrito, en el desahucio por vencimiento del término del contrato:

Resultando que practicada toda la prueba, según se consigna en uno de los resultandos de la sentencia recurrida, se señaló día para la continuación del juicio, en cuyo acto, las partes, por medio de sus Letrados, expusieron lo que estimaron conveniente, reproduciendo sus pretensiones; y que en 24 de Enero dictó sentencia el Juez municipal declarando sin lugar la demanda de desahucio, y absolviendo de ella á la Sociedad Casino Español de la Habana, con las costas á cargo de la Sociedad demandante:

Resultando que interpuesta apelación por la Sociedad Centro Asturiano, y celebrada ante el Juez de primera instancia del distrito del Este la comparecencia prevenida por la ley, en la que las partes reprodujeron las pretensiones deducidas en el Juzgado municipal, dictó sentencia el referido Juez de primera instancia en 15 de Febrero del año último 1890, confirmando con las costas la apelada:

Resultando que la Sociedad Centro Asturiano de la Habana ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 1569, regla 2.ª del Código civil, que señala como causa de desahucio la falta de pago del precio convenido, no habiendo distinguido entre las causas de rescisión señaladas en los artículos 1555 y 1556, y las de desahucio:

2.º El citado art. 1556 del Código civil, por aplicación indebida, por cuanto se resolvía el caso de autos cual si hubiera solicitado el demandante la rescisión del contrato de arrendamiento, y siendo disposiciones distintas las que el Código contenía respecto á la rescisión y al desahucio, se había incurrido en manifiesta injusticia al aplicar el art. 1556, que se refería á la rescisión, al desahucio, del cual se trataba en el art. 1569 del citado Código;

Y 3.º La ley del contrato, por cuanto mientras subsistiera el arrendamiento otorgado en 1.º de Junio de 1887, estarían sujetos arrendador y arrendatario á lo establecido en dicho contrato, no obstante y sin perjuicio de la prórroga, que era objeto de otro recurso de casación.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que al establecer las partes contratantes en la cláusula 4.ª del contrato de arrendamiento que la falta de pago de dos mensualidades daría lugar á la rescisión, no se reservaron el desahucio cumplido un mes, porque en tal caso era superflua la cláusula indicada, única que precisaba el término, puesto que la tercera fijaba la cantidad mensual del alquiler, y por consecuencia, al no dar lugar el Juzgado á la demanda de desahucio, fundada en el no pago de la mensualidad de Diciembre, ajusta el fallo á lo convenido, toda vez que consta satisfecho el alquiler correspondiente á Noviembre y no el de Diciembre mencionado, por haber sido retirado el recibo que contenía nota referente á prórroga del arriendo; de modo que no pasaron los dos meses de la cláusula cuarta que eran precisos para la rescisión como para el desahucio comprendido en aquélla, medio más eficaz y rápido ejercitado oportunamente y que también deja ineficaz el contrato;

Y considerando que, esto supuesto, el auto recurrido no infringe los artículos 1555, 1556 y 1569 del Código civil, ni la ley del contrato que se citan en los motivos 1.º, 2.º y 3.º;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Valle y Fernández, como Presidente de la Sociedad Centro Asturiano de la Habana, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese al Juez de primera instancia del distrito

del Este de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 12 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Febrero del mismo año.)

9.ª

Recurso de casación (12 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Indemnización de perjuicios.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Verges en pleito con D. José Jener (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la prueba testifical no cambia de naturaleza, aunque, por traerse á unos autos de otro pleito anterior, aparezca contenida en un documento; de donde se sigue que el certificado de la declaración prestada por un testigo en otro juicio carece de los caracteres propios de la prueba documental, y no puede servir por ello, con arreglo al núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, para demostrar, y menos aun por modo evidente, el error de hecho atribuído á la sentencia recurrida:

Que no son de estimar los motivos de casación fundados en hipótesis opuesta á la admitida como cierta por la sentencia.

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Mataró y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. José Verges y Paradell, tejedor, vecino de Mataró, con D. José Jener y Vilardebó, propietario, vecino de Barcelona, sobre indemnización de perjuicios, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Verges, dirigido y representado por el Licenciado D. José María Blanch y el Procurador D. Pedro Mariano de Palacios, habiéndolo estado el recurrido Jener por el Letrado D. Pedro García de Garamendi y el Procurador D. Luís de Figuerola:

Resultando que el día 1.º de Marzo de 1885 suscribieron en Mataró Doña Teresa Ramón, esposa de D. José Verges, en nombre de éste, como arrendatario, y en el del propietario D. José Jener, el Procurador D. Jaime Recoder, un contrato de arrendamiento por precio mensual de 51 pesetas, de la tienda ó bajos de la casa que en aquella ciudad forma esquina á las calles de San Agustín y de San Feliciano, y de un almacén de la parte de Oriente de dicha casa, situado en la segunda de las mencionadas calles, consignándose como pacto señalado en el núm. 8.º «que los contratantes deberían avisarse mutuamente con un mes de anticipación, siempre que quisieran dar por terminado el arriendo»:

Resultando que á principios de 1886, Jener promovió en el Juzgado municipal de dicha ciudad juicio de desahucio contra Verges por falta de pago de alquileres, y habiéndose dictado sentencia no dando lugar á aquél, en 26 de Febrero del mismo año requirió al repetido Verges por medio de Notario para que en el término de un mes desalojara los locales arrendados, y no habiéndolo efectuado así, le demandó nuevamente de desahucio por esta causa en el mismo Juzgado municipal, al que se opuso alegando haberle prometido verbalmente Jener al firmarse el referido contrato que no le lanzaría de la casa miestras pagara corrientemente los alquileres; proponiendo sobre este extremo prueba testifical, para la que articuló: ser cierto que el día 1.º de Marzo de 1885, al medio día, se presentaron en la casa establecimiento de chocolatería y bebidas de José Verges, José Jener, propietario de dicha casa y su Procurador D. Jaime Recoder, y llegado que fué Verges, le enseñaron y explicaron el contenido de un documento, que dijeron ser el contrato de inquilinato, el cual no aceptó ni quiso firmar

Verges, por no convenirle aquellas condiciones, ni poder pagar los alquileres por trimestres anticipados, y lo hizo después su consorte Doña Teresa Ramón, por haberles prometido y asegurado los referidos Jener y Recoder que no obstante lo consignado en el documento, mientras pagasen con puntualidad las mensualidades de alquiler no les echaría el Jener de los locales que les tenía alquilados, pues su objeto principal era asegurar el cobro del inquilinato, y que no pudiera otro día, cuando quisiera desocupar la finca Verges, hacerle reclamación alguna en concepto de mejoras, pregunta á que contestó D. Jaime Recoder, afirmándola en todas sus partes, sin recordar la fecha, sobre la cual se remitió á lo que resultara del contrato; aclarando después que fué con Jener repetidas veces á casa de Verges, que éste le había manifestado á él y al mismo Jener su deseo de modificar el contrato de inquilinato primitivo, tomando distintos locales de los primeros, y que esto obligó á diversos contratos, recordando que el último que había redactado y firmado el testigo en su casa, á fin de tenerlo preparado para el día que fuera Jener, fué modificado de acuerdo con todos los interesados, con posterioridad á su firma, sin poder precisar exactamente cuándo tuvo lugar; y repreguntado, añadió ser cierto tuvo á su cargo la administración de las fincas urbanas de Jener hasta Mayo de 1885, negando le fuera retirada por éste, sino que la dejó él por conveniencia; y adversando además que firmó el contrato de 1.º de Marzo de dicho año como Procurador de Jener, el cual estuvo presente al acto, contestando también á la pregunta transcrita el testigo D. Joaquín Petit recordar sólo que el día citado se presentaron Jener y Recoder en casa de Verges, y llegado éste, ignoraba si le enseñaron algún documento, recordando que medió entre ellos conversación en la que les oyó decir que mientras correspondiesen ó cumpliese Verges continuarían en la casa; y otro testigo, D. Domingo Roig, contestó que hallándose en casa de Verges tomando café, vió llegar á Recoder con un caballero, que le dijeron era el dueño de la casa, ignorando lo demás:

Resultando que el Juzgado municipal de Mataró dictó en 26 de Abril de 1886 sentencia, que en 17 de Mayo siguiente confirmó el de primera instancia del partido, declarando haber lugar al desahucio, estableciendo como fundamentos de este fallo: tener los convenios legalmente formados fuerza de ley entre los contratantes y habiéndose pactado en el de autos que, en caso de desocupo, debían avisarse mutuamente con un mes de anticipación, constaba cumplida esta condición por parte de Jener; que reducida la oposición de los demandados á la promesa que suponian les hizo el actor, apreciando, según las reglas de la sana crítica, la prueba testifical practicada, no podia alcanzar valor suficiente para invalidar el contrato de que se trataba; que aun en el caso de poder atribuirse algún valor á dicha prueba, quedaría desvirtuado en su naturaleza tal contrato, pareciéndose á otro de naturaleza muy distinta; que, por otra parte, ni siquiera era costumbre constituir los contratos de inquilinato por un número indeterminado de años, como lo sería verificándolos durante la vida de los inquilinos ó de los arrendadores; que de las actuaciones se desprendía, y asi lo habían reconocido los propios demandados, que la firma del repetido contrato tuvo lugar después de la pretendida manifestación del actor y de su Procurador Recoder, de respetarles en la casa mientras pagaran con puntualidad el precio del arriendo, con lo que no podía haber novación del contrato en cuanto al pacto 8.º; y que, por lo tanto, desvirtuada toda oposición, aparecía plenamente probado el hecho fundamental de la demanda, de haber finido el plazo del aviso, dado con arreglo á lo pactado, y en su virtud era procedente el desahucio:

Resultando que previa declaración de pobreza y celebrado acto conciliatorio sin avenencia, Verges dedujo en 23 de Febrero de 1888 demanda

ordinaria contra Jener para que se condenara á éste á satisfacerle 12.600 pesetas por indemnización de perjuicios irrogados por haberle desahuciado de los locales mencionados, ó aquella otra cantidad que resultara de la prueba que se practicaría, con los intereses legales de esta cantidad y las costas; para lo cual alegó que en 1880 vivía con su esposa y familia en una casa de la calle de San Benito, de Mataró, en donde tenía instalada una tienda de revendería, y además tenía establecida una taberna en los bajos de una casa de la calle de San Feliciano, de la misma villa, propia de Jener; tienda y taberna que le proporcionaban ganancia suficiente para mantenerse con desahogo él y su familia; que Jener, dueño también de otra casa en la calle de San Feliciano, esquina á la de San Agustín, la tenía arrendada á un sujeto que había instalado allí un cafe; pero quedando luego desalquilada, estándolo ya como cosa de medio año sin presentarse inquilino, Jener le instó y rogó que se trasladara á ella, ofreciéndole, entre otras muchas ventajas, la seguridad de que mientras pagara el alquiler no le echaría, y por tanto podría hacer en su casa el gasto que quisiera, á lo cual cedió al fin, pero alquilando sólo la mitad del local, que dividió Jener, en 8 duros al mes, tomando con posterioridad, á instancia también de Jener, el otro, y ajustando los dos en 10 duros y 4 reales mensuales, trasladó á esta casa la taberna; que debiendo poner dichos dos locales en condiciones de servir al objeto que se había propuesto y confiado en la formal promesa de Jener de no despedirle mientras pagase el alquiler, no titubeó en hacer los gastos necesarios, poniendo en ambos gas, colocando vidrieras en los portales que daban á la calle, haciendo un aparador para ponerlo en la puerta del cafetín, tras de la vidriera, y colocar objetos de los que se expendían, comprando algunos armarios, también para el cafetín, arreglando otros, colocando cañerías para la conducción del agua potable al mismo cafetín, y haciendo debajo de él un depósito para nieve, á fin de enfriar el agua, además de otros gastos; en todo lo cual empleó no sólo los ahorros que había reunido con su tienda de la calle de San Benito y su taberna de la de San Feliciano, sino también una cantidad que cobró su esposa por la quinta parte del valor de una casa en Blanés; de modo que gastó para todo ello de 3.500 á 4.000 pesetas; que por el pronto no conoció aumento de utilidades, pero no desconfiaba de obtenerlo en vista del estado en que había puesto aquellos establecimientos, y de que poco á poco se atraería clientela, en lo cual no estuvo equivocado, pues á mediados de 1885 ya empezó á obtener beneficios, que iban cada día en aumento, hasta el punto de que cuando se le echó de dicha casa no bajaban de 12 duros mensuales líquidos; que conociendo Verges serle conveniente constara en documento tal pacto ó la promesa que se le había hecho al alquilar los locales, lo pidió á Jener y éste buscó á su Procurador Recoder para que le extendiese tal documento, presentándose después los dos en su casa, y Recoder empezó á leer el documento, y oyendo Verges que hablaba del tiempo que debían darse mutuamente para el despido, siendo esto contrario á lo pactado, dijo no quería aceptarlo ni firmarlo, manifestándole Jener y Recoder no tuviera recelo en firmarlo, pues aun cuando no estuviese escrito, podía estar seguro de que no se le despediría de la casa, diciendo él entonces á su esposa que lo firmara por él; que no obstante de que pagó religiosa y puntualmente los alquileres, se le antojó á Jener despedirlo de la casa, hasta el punto de promover en 1886 en el Juzgado municipal juicio de desahucio por falta de pago, y como no pudo acreditarlo, se declaró no haber lugar á dicho desahucio; pero empeñado Jener en su propósito de perjudicarle, le requirió para que en el término de un mes desocupara los locales, diciendo haberse estipulado así en el documento de arriendo, y transcurrido aquel tiempo, instó nuevo desahucio, que el Juzgado municipal declaró con lugar, siendo lanzado con su familia de la casa, embargándole cuanto él y su esposa te-

nían en el cafetín y en la taberna; todo lo que se depositó y vendió después para el pago de costas, estimando Verges en 1.000 duros lo que le embargaron y se llevaron, sin ser sólo éstos y los antes manifestados los perjuicios que se le causaron con dichos procedimientos á instancia de Jener, sino que se vió además privado de los beneficios que hubiera podido obtener allí, los cuales por prudente cálculo apreciaba en 720 duros; fundado en que siendo de 12 duros mensuales, como había dicho, las utilidades que le producían aquellos establecimientos, ó sean 144 al año, durante un quinquenio serían los 720, aun prescindiendo de que era muy de pensar que en lo sucesivo las utilidades fueran en aumento, y de calcular habría permanecido en la casa sólo cinco años, cuando no cabía duda de que su permanencia hubiese sido mucho más larga en vista del lisonjero porvenir que se le presentaba; y que las 4.000 pesetas que gastó, las 5.000 de lo que le llevaron de la casa cuando se hizo el embargo y las 3.600 de lo que le privaron de ganar, sumaban las 12.600 que reclamaba:

Resultando que Jener impugnó la demanda acompañando certificación de las sentencias ya mencionadas, dictadas en el juicio de desahucio, por haber espirado el término del aviso, y exponiendo entre otras alegaciones: que en 1.º de Marzo de 1885 arrendó los citados locales á Verges y su mujer Teresa Ramón, estipulando en el pacto 8.º del contrato, que deberían avisarse mutuamente con un mes de anticipación, siempre que quisieran dar por terminado el arriendo; que haciendo uso de este derecho, les requirió en 26 de Febrero de 1886, y pasado el término sin que desalojaran los locales, entabló la demanda de desahucio, y en el juicio verbal se opusieron los demandados, alegando en resumen habérseles prometido con anterioridad á dicho contrato, que pagando puntualmente el alquiler no serían desahuciados, y el Juzgado municipal dictó sentencia, confirmada por el de primera instancia, declarando haber lugar al desahucio; y que la demanda de Verges sobre indemnización de perjuicios, descansaba en el mismo falso supuesto y tenía la misma razón de pedir alegada por vía de excepción en el desahucio, viniendo á reproducir la cuestión ejecutoriamente resuelta en sentido contrario á la existencia de aquel pacto de no desahuciar, el cual de nuevo negaba esta parte.

Resultando que Verges al replicar adicionó á los hechos de su demanda haber alquilado el almacén de la calle de San Feliciano por lo menos tres años antes de 1.º de Marzo de 1885, y la tienda de la esquina de la calle de San Agustín dos años antes de la propia fecha, todo sin firmarse escritura pública ni privada, pero sí con la promesa verbal indicada, y el contrato de la citada fecha no lo firmó Jener sino Recoder, quien entonces, en nombre propio y en el de aquél, reiteró la repetida promesa, y si Recoder tenía facultades para firmar el contrato, las tenía también para hacer dicho ofrecimiento; añadiendo Jener en la dúplica á su vez, que si bien los consortes Verges habían tomado los locales en arriendo verbal antes de firmarse el contrato de 1.º de Marzo de 1885, éste modificó aquél quedando novado el primero, y que era cierto lo indicado en la réplica respecto á las personas que firmaron el contrato, pero no en cuanto á la promesa invocada, así como tampoco acerca de que Recoder estuviera autorizado para hacer á nombre del repetido Jener aquella supuesta promesa:

Resultando que recibido el pleito á prueba, la practicó el demandante, viniendo á los autos, como uno de los extremos de ella, certificación de las declaraciones prestadas en el juicio de desahucio, á virtud del cual se acordó el lanzamiento de Verges y su esposa de los locales arrendados por los testigos Recoder, Petit y Roig, de que queda con anterioridad hecho mérito; realizándola también testifical en el presente juicio sobre los hechos por su parte alegados, y entre los testigos que presentó declaró nuevamente D. Jaime Recoder, interrogándosele si deseando Verges formali-

zar el arrendamiento pidió á Jener le extendiera el correspondiente documento, y entonces éste con dicho Recoder, su Procurador, le llevó uno en el que no constaba la promesa hecha de no despedirle de los locales mientras estuviese corriente de alquileres, negándose á firmarlo Verges hasta manifestarle ambos que aun cuando no constase la repetida promesa, podía hacerlo sin recelo alguno, pues de nuevo le prometían formalmente no despedirle mientras pagase puntualmente el alquiler; particular á que contestó dicho Recoder, recordar sólo que, según le parecía, redactó un contrato de arrendamiento de acuerdo con Jener, cuyo objeto primordial era obligar á Verges á que pagara corrientemente los alquileres, pareciéndole asimismo recordar se le ofreció que mediante pagarlos en la forma debida no se le echaría de la casa, cuya promesa se le hizo después en razón á resistirse Verges á firmar el contrato sin ella:

Resultando que sustanciado el juicio por los demás trámites y en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 24 de Marzo del año último sentencia revocatoria absolviendo á D. José Jener de la demanda contra él interpuesta por D. José Verges, sin hacer expresa condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. José Verges ha interpuesto recurso de casación, apoyado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando como motivos del mismo:

1.º Haber omitido por completo la sentencia considerar una de las pruebas practicadas, con lo cual se infringe la regla de sana crítica de que todas deben ser tenidas en cuenta para formar juicio atinado de los hechos á que se contraen, incurriendo además en error de hecho que resulta de un documento auténtico, toda vez que la Sala sentenciadora dice en el primer considerando no estimar probado el pacto alegado por Verges, de que Jener no le despediría de la casa mientras él pagara puntualmente el precio del alquiler; pues los hechos anteriores al otorgamiento del contrato escrito fueron desvirtuados por éste en 1.º de Marzo de 1885, y los ocurridos en dicha fecha ó con posterioridad, referentes á esta condición, no habían sido justificados por no haberlos presenciado ninguno de los testigos, salvo D. Jaime Recoder, y éste no los afirmaba de una manera categórica, diciendo solamente le parecía recordarlo, cuando en el primer artículo de prueba mencionado en el apuntamiento es una certificación de referencia al juicio de desahucio de que provienen los perjuicios reclamados, documento en que aparece que Recoder, prestando declaración ante la Autoridad judicial unos tres años antes de la prestada en este juicio, y por tanto más próximo á lo sucedido en 1.º de Marzo de 1885, no vaciló ni dijo que le *parecía recordar,* sino *afirmó en todas sus partes* que dicho día 1.º de Marzo del 85, á eso de mediodía, se presentaron en la casa establecimiento chocolatería y bebidas de José Verges, José Jener, propietario de dicha casa, y su Procurador el D. Jaime Recoder, y «llegado que fué Verges, le enseñaron y explicaron el contenido de un documento que dijeron ser el contrato de inquilinato, el cual no aceptó ni quiso firmar Verges, por no convenirle aquellas condiciones ni poder pagar los alquileres por trimestres anticipados», y lo hizo después su consorte Teresa Ramón, por haberles prometido y asegurado los referidos Jener y Recoder, que no obstante lo consignado en el documento, mientras pagara con puntualidad las mensualidades de alquiler, no les echaría Jener de los locales que les tenía alquilados, siendo su objeto principal asegurar el cobro del inquilinato y que no pudiese cuando quisiera desocupar la finca Verges ni hacerle reclamación alguna en concepto de mejoras; constando asimismo de la referida certificación, que Joaquín Petit, otro testigo presencial de los hechos consignados en la pregunta transcrita, afirmó que el día 1.º de Marzo de 1885 se presentaron Jener y Recoder en casa de Verges, y lle-

gado éste, ignoraban si le enseñaron algún documento, pero recordaba «que medió conversación entre ellos, en la que les oyó decir que, mientras correspondiesen ó cumpliesen, Verges continuaría en la casa», y á más se reseñaba la declaración de otro testigo, que aunque sabía menos, confirmaba que el citado día estuvieron en el café Recoder y un caballero, que le dijeron era el dueño de la casa, y á pesar de todo ello la Sala aseveraba que sólo Recoder presenció los hechos acaecidos el 1.º de Marzo de 1885; y que aquél no los afirma de una manera categórica, por referirse dicha Sala á la prueba testifical del pleito exclusivamente, en la cual así aparece, omitiendo, tal vez porque pasó para ella inadvertida, la existencia de la certificación de autos anteriores; omisión cuya gravedad no necesitaba encarecerse, dado que era de creer que si la enunciada Sala no hubiese incurrido en ella, habría apreciado, como apreció el Juzgado, que la condición del contrato alegada por Verges como origen de su derecho estaba probada cumplidamente, en vez de afirmar no hallarse justificada, siendo indudable constituir la omisión de tal prueba el error de apreciación á que se refiere el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ora en su doble aspecto de error de derecho, por infringir la regla de crítica racional expresada, y de error de hecho que resulta de la certificación no mencionada por la Sala sentenciadora, ora en cualquiera de ambos conceptos solamente, si se estimaba el otro como simple consecuencia:

2.º Infringir el fallo el principio de que «quien usa un perfecto derecho á nadie perjudica», por indebida aplicación, y la doctrina legal referente al valor de la cosa juzgada por errónea interpretación, puesto que en el segundo considerando de la sentencia se invocaba dicho principio, diciéndose en el tercero ser uno de los dos fundamentos de la absolución del demandado; pero se invocaba enlazado con el de respeto á la cosa juzgada, suponiendo con fuerza de tal, para determinar el fallo de este juicio, la sentencia dictada en 17 de Mayo de 1886 por el Juzgado de Mataró; en el de desahucio seguido por Jener contra Verges, cuando no hay identidad de cosas ni de acciones entre los dos asuntos, ni el objeto del actual era reformar ni desvirtuar lo acordado en el desahucio, circunstancias todas que deberían concurrir según repetida jurisprudencia de este Tribunal Supremo, consignada en las sentencias, entre otras, de 29 de Abril de 1868 y 23 de Febrero de 1870, para que pudiera ser la primera sentencia cosa juzgada respecto de la segunda, agregándose á ello no fundarse tampoco el desahucio en la afirmación ó negación de los hechos, sino en mera interpretación del contrato y fuerza jurídica del pacto, tantas veces repetido, de no despedir el dueño al inquilino mientras pagara el alquiler, en relación única y exclusivamente con el fin de desahuciar, interpretación errónea y que infringía leyes y doctrina legal, pero por la naturaleza de aquel juicio no cabía según la ley de Enjuiciamiento civil el recurso de casación, quedando firme y ejecutorio sin duda aquel fallo, pero sin implicar esto que no pueda someterse á la decisión amplia y completa del juicio ordinario dicha interpretación, no ya á los efectos del desahucio, sino al de definir y hacer efectivos los restantes derechos nacidos del contrato, pudiendo suponerse que el desahucio era estrictamente procedente, y que sin embargo es obligatoria la indemnización, como ocurre cuando el dueño vende la finca arrendada antes de espirar el término del arriendo, si éste no era de los inscritos:

3.º Infringir también la sentencia el art. 1.º de la ley de 9 de Abril de 1842, por omisión, según el cual dueño y arrendatario pueden convenir con absoluta libertad los pactos y condiciones que les parecieren convenientes, «los que serán cumplidos y observados á la letra», mediante tomar aquélla por base la que lo fué del fallo en el juicio de desahucio de 17 de Mayo de 1886, que sentó la teoría de no tener valor el pacto preci-

lado por desnaturalizar el contrato de arrendamiento, siendo así que es una condición lícita y posible que en nada altera las esenciales del contrato, y de cumplimiento obligatorio, conforme al precepto invocado:

4.º La infracción asimismo de la ley del contrato de 1.º de Marzo de 1885, cometida indirectamente en el mismo sentido que la anterior, por aceptar la Sala sentenciadora la interpretación dada á aquél en el juicio de desahucio; suponiendo constituir dicho contrato escrito novación del compromiso contraído de palabra, simultáneamente como antecedente ó explicación de lo expresado en el documento; compromiso que debe cumplirse lo mismo conforme á las leyes generales del Reino que á las romanas por que se ha venido rigiendo Cataluña, y á los principios del derecho siempre iguales, obligando más bien la intención ó significado que de común acuerdo atribuyen las partes á los contratos que el que realmente tienen éstos: cometiendo además la misma infracción dicha Sala al estimar desvirtuados por el aludido contrato escrito los hechos anteriores al 1.º de Marzo de 1885; olvidando, al hacer semejante afirmación, no haberse constituído en el referido documento el arriendo, sino ser aquel documento una mera formalidad, un medio de hacerle constar, así como que continuaba del mismo modo, con iguales condiciones, *salvo la renuncia por parte de Verges* de pedir indemnización por mejoras, *si él espontáneamente dejaba el arrendamiento;* alcance y significación que se le dijo tenían las cláusulas nuevas del repetido contrato, en cuya inteligencia consintió le firmara su mujer Teresa Ramón:

Y 5.º La infracción de las leyes 5.ª, tít. 6.º, y 21, tít. 8.º, Partida 5.ª, y la jurisprudencia constante consignada especialmente en sentencias de 25 de Junio de 1860 y 27 de Abril de 1871, por omisión; en la última de cuyas sentencias se dice: «ser un principio de derecho universal que todo contrato oneroso y bilateral obliga recíprocamente á los contrayentes, é impone al que falte á su cumplimiento la responsabilidad de los daños y perjuicios causados por este motivo á la otra parte que le haya cumplido»; mediante á que partiendo de la certeza del pacto alegado por Verges según las mencionadas leyes y doctrina, es indudable su derecho á ser indemnizado por Jener desde el momento mismo en que éste faltó al compromiso de no desahuciarle.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que la prueba testifical no cambia de naturaleza aunque por traerse á unos autos de otro pleito anterior aparezca contenida en un documento, de donde se sigue que el certificado de la declaración prestada por el testigo Recoder en el juicio de desahucio carece de los caracteres propios de la prueba documental y no puede por ello servir, con arreglo al núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, para demostrar, y menos aun por modo evidente, el error de hecho atribuído á la sentencia recurrida; y que apreciada como lo ha sido en la propia sentencia esa declaración, juntamente con los demás elementos de prueba, para deducir con recto criterio que el contrato escrito no fué modificado de palabra, falta el otro supuesto sobre que descansa el primer motivo del recurso, el cual resulta por todo ello improcedente:

Considerando que los demás motivos se fundan en la hipótesis opuesta á la admitida como cierta por la sentencia, ó sea en la suposición de que el contrato de arrendamiento escrito, fué, no ya completado, sino sustancialmente modificado de palabra, á fin de que subsistiera ínterin el arrendatario pagase el precio, y que por lo mismo no se han cometido ni podido cometerse las infracciones legales aducidas en apoyo de cada uno de ellos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Verges y Paradell, á quien condena-

mos al pago de las costas; y líbrese la certificación correspondiente á la Audiencia de Barcelona con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 12 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Febrero del mismo año.)

10

Recurso de casación (12 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Pago de obras, intereses, daños y perjuicios.*—No ha lugar al interpuesto por D. Mariano Fernández en pleito con D. Nicasio Pechuán (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, la sentencia que parte en primer término del contrato celebrado por las partes:

Que no es de estimar la infracción de las leyes 14 y 81, tít. 18, Partida 3.ª, si los documentos á que se intente aplicarlas se refieren á conceptos distintos de los discutidos en el pleito: y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 119, tít. 13, Partida 3.ª:

Que no cabe que la parte que funda sus alegaciones en pruebas traídas á su instancia de otro pleito, rechace las que del mismo vinieron á petición del colitigante:

Que no se infringe la ley 2.ª, tít. 13, Partida 3.ª al desestimar que la confesión prestada en un pleito haga plena probanza en otro, si el confesante la prestó con relación á personas y conceptos distintos de los interesados en el segundo pleito.

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del Norte y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte por D. Nicasio Pechuán y Asensi, de oficio pintor, con D. Mariano Fernández Robledo, contratista de obras, ambos de esta vecindad, sobre pago del importe de unas obras, intereses, daños y perjuicios, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, y en su defensa y representación por el Letrado D. Eduardo Romero Paz y el Procurador D. Antonio Arana y Morayta; habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Joaquín Pavón y el Procurador D. Luis Soto Hernández:

Resultando que, con fecha en esta corte á 16 de Abril de 1883, D. Fernando Casani, Conde de Vilana, D. Mariano Fernández Robledo, y D. Joaquín de la Concha y Alcalde, en calidad de Arquitecto director, suscribieron un pliego de condiciones facultativas y económicas bajo las que el contratista Hernández Robledo se obligó á realizar la construcción de una casa en el solar de la propiedad del Conde, situado en el paseo de Santa Engracia, esquina á la calle de Nicasio Gallego, estableciéndose en la cláusula 11.ª la clase de materiales, medidas, colocación de los balcones y demás relativo á las fachadas exteriores de la casa y á las del jardín; en la 16, que no comprendiéndose en el contrato la decoración interior de la casa, no tendría el contratista otra obligación que la de dejar preparados los muros y techos del portal para recibir las planchas de mármol ó la decoración que en su día se determinara, con lo demás que en la misma cláusula se consigna; en la 20, en párrafo que tiene por epígrafe «Pintura», que no comprendiéndose en el contrato, según se había indicado anteriormente, el decorado, únicamente sería obligación del contratista dejar imprimado con minio todas las maderas de carpintería de armar que habían de quedar al descubierto y las columnas y vigas de hierro; en la 31 según se expresa en el escrito del recurso, pues no se encuentra en los antecedentes,

que el contratista no podría exigir cantidad alguna en concepto de mejoras, pues únicamente tendrían lugar éstas en el caso de que se le obligase á deshacer alguna obra ejecutada, suponiendo que esto no fuere por mala ejecución de la misma, pues entonces sería de cuenta del mismo contratista hacerla de nuevo, entendiéndose, por tanto, que todo aquello que se mandara ejecutar al contratista por el Arquitecto, lo ejecutaría aun cuando no estuviera taxativa y explícitamente consignado ó expresado en los planos ó pliego de condiciones, pues respecto á la interpretación de los mismos, así como para decidir si lo que se le ordenaba ejecutar estaba ó no comprendido en el contrato, el contratista se obligaba desde luego á conformarse con lo que el Arquitecto determinara; y en la 34, que para cualquiera duda que pudiera ocurrir en la interpretación del contrato, el contratista se obligaba á pasar por la decisión del Arquitecto:

Resultando que D. Mariano Hernández Robledo y D. Nicasio Pechuán Asensi firmaron un contrato privado, de fecha 1.º de Noviembre del mismo año 1883, señalando los precios á que Pechuán haría las obras de pintura de las construcciones que corrían á cargo de Fernández, determinándose en este documento el precio de cada objeto, como puertas, ventanas, revoco de cada tapia, etc.; y en 1.º de Enero siguiente convinieron ambos verbalmente la ejecución, por parte de Pechuán, de las obras de pintura comprendidas en el pliego de condiciones y memoria del contrato de construcción otorgado entre Fernández Robledo y el Conde de Vilana, ajustándolas en la cantidad de 900 pesetas:

Resultando que dos meses después, ó sea en 1.º de Marzo de 1884, Don Joaquín de la Concha y Alcalde, Arquitecto director de la casa en construcción del Conde de Vilana, ordenó á D. Nicasio Pechuán que colocase andamios para pintar al óleo las tres fachadas del edificio, con sus rejas, miradores, tragaluces, balconaje y todo lo concerniente al decorado exterior de dichas fachadas; habiendo firmado D. Vicente Pechuán, hijo de Don Nicasio, un documento privado en 15 de Mayo del mismo año, expresivo de que por orden de su padre había recibido de D. Mariano Fernández Robledo la cantidad de 3.600 reales, importe total del imprimado de minio de la carpintería de armar que había quedado al descubierto, y columnas y vigas de hierro, según planos y contrato que tenía dicho D. Mariano con el Conde de Vilana de la casa palacio que estaba construyendo en la calle de Santa Engracia con vuelta á la de Nicasio Gallego, cantidad en que ambas partes habían convenido, pintor y contratista, que valía dicha pintura de minio, liquidación final:

Resultando que D. Nicasio Pechuán formuló la cuenta de las obras de pintura de tres fachadas ejecutadas por orden del Arquitecto, importantes 7.442 pesetas y 50 céntimos; y después de haberla presentado para su cobro, en primer término á Fernández Robledo, quien contestó que no eran de su cargo tales obras, pues no estaban comprendidas en la contrata que tenía celebrada con el Conde de Vilana, y después á éste, que se negó también á su pago porque no estaban fuera de la contrata general de construcción celebrada con Fernández Robledo, ni se habían mandado ejecutar independientemente de aquélla, ni su Arquitecto las había admitido como mejoras abonales con separación del precio estipulado, citó de conciliación al Conde de Vilana en unión del Arquitecto D. Joaquín de la Concha, así como al contratista Fernández Robledo, y entabló, por último, demanda civil ordinaria, en 2 de Octubre del repetido año 1884, reclamando únicamente del Conde de Vilana el pago de la mencionada factura; en cuyo pleito, de que conoció el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro, se dictó sentencia por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte en 21 de Noviembre de 1885, confirmatoria de la que había dictado el Juzgado, absolviendo al Conde de Vilana de la demanda

deducida por Pechuán, en atención á que, habiéndose ejecutado la pintura de alguna parte de la fachada, á consecuencia de no haberse usado la clase superior de ladrillo convenida, el medio empleado para disimular esta falta no fué del Conde, sino del contratista que no usó el ladrillo pactado; á que el importe de la totalidad de las obras de pintura lo había satisfecho el Conde á la persona con quien contrató, y no era justo que las pagara otra vez; y á que en el contrato de construcción se incluyó expresamente en el precio el importe de la pintura exterior y la fachada constituía parte exterior del edificio:

Resultando que después de haber obtenido D. Nicasio Pechuán la declaración de pobreza para litigar, dedujo en 14 de Marzo de 1887 la demanda de este pleito, para que se condenara á D. Mariano Fernández y Robledo á pagarle la susodicha cantidad de 7.442 pesetas y 50 céntimos, importe de las referidas obras de pintura ejecutadas en la fachada de la casa del Conde de Vilana, con los intereses, daños y perjuicios que se le habían originado por la falta de pago desde que debió realizarlo, ó sea desde 1.º de Octubre de 1884, á cuyo efecto hizo relación de todos los antecedentes expuestos, observando que el demandado, contratista de las obras Fernández Robledo, tuvo conocimiento y consintió la orden que el Arquitecto dió al demandante de que colocando andamios pintara al óleo las tres fachadas del edificio, con sus rejas, miradores, etc., cuyos trabajos había practicado con la aquiescencia de Fernández Robledo, ajustando los precios de los mismos á los establecidos en la contrata general que tenía celebrada con este último; que después tuvo ocasión el demandante de saber que el pintado de las fachadas que se le había mandado ejecutar había sido debido á haberse empleado en la construcción de dichas fachadas materiales de peor condición y clase que los contratados; y que después de la sentencia dictada por la Audiencia del territorio en el pleito que había sostenido contra el Conde de Vilana, no podía caber duda de que el obligado á pagar el importe de las obras de que se trataba era el demandado Fernández Robledo; habiendo alegado, por último, como fundamentos de derecho, la ley 4.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª, relativa al contrato de arrendamiento de industria ó trabajo personal, y la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; el principio de que de todo cuasi contrato por hecho personal lícito nace igual obligación que si provinieran de una convención ó consentimiento expresos; y el que nadie debe enriquecerse con daño de otro:

Resultando que D. Mariano Fernández Robledo impugnó la demanda, alegando para que se desestimara, con imposición de costas y perpetuo silencio al demandante, que del total contenido del contrato de construcción que celebró con el Conde de Vilana, y especialmente de las condiciones 11 y 20, se desprendía con indubitada claridad que entre las obligaciones que contrajo no figuraba la de pintar ninguna de las tres fachadas de la casa; que atemperándose á lo estipulado en el indicado contrato, ejecutó por su cuenta la única obra de pintura que le correspondía, que era la del imprimado con minio de las maderas de carpintería de armar y de las columnas y vigas de hierro, como lo demostraba el recibo que, con fecha 15 de Mayo de 1884, le había firmado Vicente Pechuán, hijo del demandante; siendo muy de notar que la fecha de este documento, en el que se leía la frase «liquidación final», era posterior á la en que el demandante efectuó las obras de pintura de que se trataba; que nada más en oposición con la verdad que la afirmación de que el demandado hubiese percibido del Conde de Vilana el importe de las obras, así como el que, ni tácita ni expresamente, hubiera asentido ni se hubiese comprometido á abonar cantidad alguna al demandante por el concepto que motivaba su reclamación, ni por ningún otro distinto del que figuraba comprendido como pagado y satisfecho con la

suma de 3.600 reales en el recibo antes mencionado; que las disposiciones legales invocadas en la demanda carecían por completo de aplicación al caso, por cuanto partían del error de suponer que sobre el demandado pesaba una obligación que jamás había contraído; que con arreglo á la ley 11, Partida 5.ª, de perfecta aplicación al caso, de ninguna de las órdenes que Pechuán recibiera del Arquitecto director de la construcción, ni de ninguna de las promesas que le hiciera, nacieron ni pudieron nacer para con el demandado obligaciones de ninguna índole que alteraran ó modificaran las taxativamente contraídas en el contrato de construcción celebrado con el Conde de Vilana; y que no existió, ni había posibilidad de que existiera, cuasi contrato fuera de las cinco especies reconocidas en el derecho:

Resultando que, renunciado el trámite de réplica por el demandante, se abrió el término de prueba, durante el cual suministraron ambas partes diferentes justificaciones, trayéndose á los autos, á instancia de las dos, testimonios de varios particulares de las pruebas practicadas en el pleito seguido por Pechuán con el Conde de Vilana; habiendo reconocido el demandante como legítimo el recibo de 15 de Marzo de 1884, firmado por su hijo D. Vicente, y confesado que era exacto que con relación á las obras del Conde de Vilana no había celebrado más contrato con Fernández Robledo que el determinado en el recibo susodicho:

Resultando que en 17 de Febrero próximo pasado dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte sentencia revocatoria, declarando que D. Mariano Fernández Robledo, como contratista de las obras para la construcción de la casa propia de D. Fernando Casani, Conde de Vilana, sita en la calle de Santa Engracia, núm. 3, con vuelta á la de Nicasio Gallego, viene obligado á satisfacer á D. Nicasio Pechuán las obras de pintura que el Arquitecto director dispuso que se ejecutaran para subsanar defectos ó faltas de los materiales empleados por el contratista en las referidas obras, á los precios que anteriormente tenían convenidos dichos Robledo y Pechuán para otras obras de pintura de la misma clase; y condenando, en su virtud, al demandado D. Mariano Fernández Robledo, á satisfacer á D. Nicasio Pechuán 7.742 pesetas 50 céntimos, importe de las mencionadas obras de pintura, con el interés de 6 por 100 desde la contestación de la demanda, sin hacer condenación de costas de primera ni de segunda instancia:

Resultando que D. Mariano Fernández Robledo interpuso recurso de casación, fundado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando en su apoyo como infringidos:

1.º La ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación y la jurisprudencia proclamada por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 7 y 15 de Febrero, 19 de Abril de 1870, 26 de Abril y 24 de Diciembre de 1872, 28 de Enero de 1873, 27 de Abril y 21 de Diciembre de 1874 y 30 de Abril de 1878, acerca de que los contratos deben cumplirse en los términos en que se hallen redactados, sin ampliarlos á cosas ni á casos que no se hayan estipulado expresamente; que el contrato es ley por la que deben resolverse las cuestiones que ocurran entre los otorgados; que lo pactado por las partes en los contratos debe cumplirse como ley en la materia, y, cuando las palabras y cláusulas que en ellos se consignan son claras y terminantes, deben entenderse literal y llanamente; que un contrato perfecto y válido es ley para los contratantes, quienes, por consecuencia, están obligados á cumplirle con arreglo á sus literales condiciones; que la única ley pertinente en el pleito sobre cumplimiento de un contrato es el contrato mismo; y que para resolver la cuestión que se promueve sobre cumplimiento de un contrato, hay que atenerse á lo pactado y convenido entre las partes, por cuanto la sentencia recurrida, al imponer al recurrente la condena contenida en su fallo, ha violado abiertamente la ley

del contrato simbolizada en las condiciones facultativas y económicas bajo las que estipuló el 16 de Abril de 1883 con el Conde de Vilana la construcción de la casa sita en el paseo de Santa Engracia, esquina á la calle de Nicasio Gallego, pues á pesar de haberse pactado en la cláusula 20 de dichas condiciones, con relación á la pintura, que no comprendiéndose en el contrato, según se dejaba ya indicado, el decorado, únicamente sería de cuenta del contratista dejar imprimidas con minio todas las maderas de carpintería de armar que hubieran de quedar al descubierto; y no obstante ser y haber sido por tanto la voluntad bien clara y terminante, expresada por ambos contratantes, la de no comprender bajo concepto alguno entre las obligaciones que contraía el recurrente la de efectuar por su cuenta las obras de pintura; y no obstante también haberse excluído éstas, á mayor abundamiento, de una manera explícita y categórica, con el fin de alejar del ánimo, por remotas que fueran, cualquier género de dudas, la Sala sentenciadora ha incurrido en el error de creer que debe abonar su importe, habiéndose visto precisada para llegar á ese corolario, incompatible en absoluto con las buenas reglas de la lógica, á violentar extraordinariamente el espíritu y la letra de lo convenido, interpretándolo bajo un criterio tan inadmisible cuanto que se reduce á discurrir en el sentido de que, pesando sobre el contratista el compromiso solemne de ejecutar, según la condición 31, todo lo que le mandara el Arquitecto, y habiendo él mismo ordenado se procediera á la pintura de las fachadas, no ha podido ni puede eludir el cumplimiento de semejante obligación, pues no hay posibilidad en términos hábiles para atribuir á dicha cláusula 31 la inverosímil extensión de que por ella incurriera el contratista en la pueril candidez de conceder al Arquitecto director de la obra la facultad de alterar y variar discrecionalmente y á su antojo las obligaciones constitutivas del contrato:

2.º Las leyes 14 y 81, tít. 18 de la Partida 3.ª, que establecen que el finiquito produce liberación á favor de la persona á quien se ha dado, sin que en adelante se le pueda pedir nada por razón de las cuentas sobre que haya recaído, toda vez que la sentencia recurrida condena al recurrente á pagar á D. Nicasio Pechuán 7.742 pesetas 50 céntimos por el importe de obras de pintura efectuadas en la casa de la propiedad del Conde de Vilana, no obstante haber expedido Pechuán á favor del recurrente un recibo obrante en autos que dice á la letra: «Recibí del pintado perteneciente á D. Mariano Fernández Robledo el importe de 3.600 reales, que me ha satisfecho como total á lo que á él corresponde. — Nicasio Pechuán»; cuyo recibo constituye un verdadero finiquito ó corte de cuentas por razón de las obras de la enunciada índole, cuyo importe le correspondía satisfacer al recurrente:

3.º La jurisprudencia proclamada, entre otras sentencias de este Tribunal Supremo, en las de 16 de Octubre y 10 de Noviembre de 1873, respecto á que el fallo pronunciado en un pleito no puede perjudicar á los que no fueron parte en él, juntamente con lo preceptuado en la ley 119, tít. 18 de la Partida 3.ª, relativa al valor y eficacia que corresponden á los documentos privados reconocidos en juicio; y juntamente también con los errores de hecho resultantes de documentos y actos auténticos en que ha incurrido la Sala sentenciadora al apreciar las pruebas, al mismo tiempo que en los de derecho que se iban determinando; toda vez que la Sala sentenciadora afirma, para justificar su fallo, que la determinación del Arquitecto, referente á la pintura de las fachadas, tuvo por objeto subsanar la falta advertida en la construcción de la obra, de no haber empleado el contratista los materiales de la clase que se estipularon, siendo racional y equitativo que al haber cometido la falta abonase los gastos que produjera su subsanación; que al ejecutarla Pechuán, por medio de la pintura, levantó las obligaciones de Robledo, quien de no estimarse la demanda, se

aprovecharía de los servicios de aquél, enriqueciéndose á su costa; y que, en corroboración de lo mismo, ya en la sentencia que quedó firme, recaída en el pleito seguido á instancia de Pechuán contra el Conde de Vilana, solicitando el pago de igual suma, se consignó que habiendo recibido Robledo el importe de las obras de construcción, en donde iba incluída la misma cantidad que reclamaba Pechuán del Conde de Vilana, no era justo el que volviera á satisfacerla, para evitar que Robledo se enriqueciera á costa del último; y de tales apreciaciones y afirmaciones, resulta de un modo innegable que la Sala sentenciadora, además de haber resuelto la demanda de este pleito por las pruebas practicadas y por las declaraciones contenidas en la sentencia que recayó con motivo de la que Pechuán dedujo contra el Conde de Vilana, y además de haber desconocido la fuerza probatoria de la documentación traída á solicitud del recurrente en apoyo y como corroboración de la exactitud y verdad que envuelven los hechos en que descansan sus alegaciones, ha incurrido en los siguientes errores de hecho: primero, en el de partir de la base de que una de las condiciones del pliego bajo el que se encargó el recurrente de la construcción de la casa del Conde de Vilana, era la de asentir y pasar por todo lo que ordenase el Arquitecto director de la obra, ya fueran ó no congruentes sus órdenes con las cláusulas constitutivas del contrato, siendo así que su simple lectura demuestra que se celebró con sujeción estricta á determinadas condiciones, y sin dejar dentro de la esfera de lo incierto y de lo ilimitado el alcance y la extensión de las obligaciones que el recurrente contraía; segundo, en el de afirmar que el recurrente percibió del Conde de Vilana las 7.742 pesetas con 50 céntimos que le reclama Pechuán, no obstante hallarse acreditado lo contrario por medio de las relaciones y de las liquidaciones que, debidamente reconocidas y aceptadas lo mismo por una parte que por otra, figuran en los autos; y tercero, en el de consignar la aseveración de que el recurrente adeuda y debe pagar á D. Nicasio Pechuán la expresada suma, cuando esta aseveración se encuentra contradicha por un acto auténtico del mismo Pechuán y un documento privado que también lleva su firma y que ha reconocido con las solemnidades de la ley; constituyendo tal acto la declaración que bajo juramento en forma prestó en el pleito seguido contra el Conde de Vilana, sin vacilar en reconocer que el recurrente le había abonado la única cantidad que estaba obligado á satisfacer, sin que le debiera ninguna otra; y consistiendo el documento en el recibo ó finiquito transcrito en el anterior motivo, en el que de una manera no menos explícita se hace la misma manifestación:

Y 4.º En el hecho de haber prescindido la Sala sentenciadora de la declaración prestada por D. Nicasio Pechuán, la ley 2.ª, tít. 13 de la Partida 3.ª, y la jurisprudencia establecida en sentencia de 25 de Junio de 1871, acerca de que la confesión en juicio constituye prueba plena contra el confesante.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación y doctrinas que se invocan en el motivo 1.º, porque para su resolución parte en primer término del contrato celebrado por D. Mariano Fernández con el Conde de Vilana para la construcción de la casa de que se trata, reconociendo con ello su validez y eficacia, y porque, al interpretar sus cláusulas, especialmente la 31, no hace otra cosa que reconocer la obligación, que para el contratista Hernández exigían, así en su letra como en su sentido ó espíritu, respecto á los defectos en que pudiese incurrir al realizar la construcción, obligación que no podía ser otra que la de hacerla de nuevo ó enmendarla, para lo cual, ó sea para decidir sobre tan importante extremo, como también para

resolver cualquier duda que originase la inteligencia del contrato mismo, se concedía en la mencionada cláusula al Arquitecto director las facultades discrecionales de que usó en el caso del pleito, disponiendo que se pintasen las fachadas para evitar la fealdad que el contratista recurrente había ocasionado, empleando ladrillo de calidad inferior á la convenida, interpretación que no implica, como se supone, la omnímoda potestad en dicho Arquitecto para prescindir del contrato, sino la necesaria para compeler al contratista á que cumpliera las obligaciones contraídas y llevar á cabo la construcción, cuya dirección facultativa le estaba encomendada, sin abuso ni agravio de los contratantes:

Considerando que tampoco infringe las leyes 14 y 81, Partida 3.ª, invocadas en el motivo 2.º, al no estimar que los documentos en él señalados liberan al recurrente de ulterior responsabilidad para con el recurrido por el importe de la pintura á que el pleito se refiere, porque su simple lectura y comparación demuestran, sin la menor duda, que hacen relación á la de imprimar con minio las maderas de armar que habían de quedar al descubierto, y no á las de las fachadas que con su falta hizo necesaria el Fernández y que el mismo reconoce no haberse pagado al Pechuán que la realizó, sin que nada pueda objetarse respecto á los términos en que estén concebidos dichos documentos, porque sólo prueban que al extenderderlos estaba el recurrido en la creencia de que el recurrente no era el obligado á abonar el otro trabajo que en la obra había realizado:

Considerando, por lo expuesto, que la referida sentencia no incurre en los errores de hecho y de derecho que se suponen en el motivo 3.º, ni infringe la ley 119, tít. 13, Partida 3.ª, que en él se invocan, al apreciar esos llamados finiquitos y los demás documentos traídos del pleito que Pechuán siguió con el Conde de Vilana por el importe de la pintura en cuestión, en la creencia de que venía obligado á pagarle, porque ni aquéllos pueden tener más valor que el puntualizado en el considerando que precede, ni cabe que el recurrente, que funda sus alegaciones en pruebas traídas á su instancia de dicho pleito, rechace las que del mismo vinieron á petición del recurrido, ni la sentencia, al referirse á ese litigio, hace otra cosa que afirmar sus razonamientos en lo que de él se ha traído y aparece, y, finalmente, porque al estimar que el precio de dicha pintura está comprendido en el importe total de la construcción, ya cobrado por el recurrente, é imponerle la obligación de abonarlo al que la ejecutó, no hace más que adoptar la opinión emitida por el Arquitecto y otros peritos:

Considerando que tampoco infringe la ley 2.ª, tít. 13, Partida 3.ª, señalada en el cuarto motivo, al no estimar que la confesión prestada por el recurrido Pechuán en ese otro pleito haga plena probanza en éste, porque es notorio que la prestó en la creencia de que el deudor era el Conde de Vilana, circunstancia que basta para despojarla de la eficacia que le atribuye el recurrente, y además porque también lo es que se refería concretamente al contrato que había celebrado con éste, limitado á la pintura de la madera de armar que debía quedar al descubierto;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Mariano Fernández Robledo, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. —(Sentencia publicada el 12 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

11

COMPETENCIA (13 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Pago de cantidad.* —Se decide en favor del Juez de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia la sostenida con el de igual clase de Cartagena, acerca del conocimiento de la demanda interpuesta ante el primero por la razón social Aparicio Hernández y Compañía, contra Doña Dolores Riquelme, y se resuelve:

Que, según lo dispuesto en la regla 1.ª, art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente en primer término para conocer de los juicios en que se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación:

Que el lugar donde fueran vendidos y entregados unos géneros es donde debe pagarse el precio de los mismos, como condición natural del contrato de compraventa:

Que el importe de objetos comprados en virtud de un mandato, debe pagarse en el lugar donde aquél se cumplió.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Enero de 1891, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juez de primera instancia de Cartagena al de igual clase del distrito de San Vicente de Valencia, sobre conocimiento de la demanda entablada ante éste por la razón social Aparicio, Hernández y Compañía, que no ha comparecido ante este Supremo Tribunal, con Doña Dolores Riquelme y Sánchez, y en su nombre el Procurador D. Ramón Conesa y Blanca, bajo la dirección del Letrado D. Antonio Paredes, sobre pago de pesetas:

Resultando que la Sociedad comanditaria Aparicio y Compañía, del comercio de la ciudad de Valencia, acudió con escrito al Juzgado de primera instancia del distrito de Serranos de la misma en 5 de Enero de 1888, solicitando que de su cuenta y riesgo se decretase el embargo preventivo de bienes de Doña Dolores Riquelme, viuda, vecina y del comercio, de fortuna en cantidad suficiente para asegurar la suma de 3.397 pesetas 26 céntimos, importe de dos facturas de géneros vendidos por la referida casa, cuyo plazo de pago estaba vencido según las condiciones de venta consignadas en la misma factura, entre las cuales figuraba la de que el pago se había de hacer precisamente en el domicilio de los vendedores, y sometido el comprador á los Jueces y Tribunales de la misma, fundándose para su pretensión en que la deudora le había manifestado que trataba de hacer suspensión de pagos, y tenía por lo tanto motivo fundado bastante para sospechar que ocultaría ó malbarataría sus bienes si sabía que trataban de proceder contra ella, máxime cuando no tenía en aquella ciudad, donde debía haber solventado la deuda según el contrato, ningún establecimiento, ni se hallaba domiciliada en ella, y con su escrito acompañó un extracto de su cuenta, una factura en blanco de las que usaba la casa, en la que se hallan impresas las indicadas condiciones, y tres cartas:

Resultando que acordado que de cuenta y riesgo de Aparicio, Hernández y Compañía se procediese al embargo preventivo de bienes de Doña Dolores Riquelme en cantidad suficiente á cubrir la suma indicada, intereses y costas, expidiéndose al efecto exhorto á los Jueces de primera instancia de Cieza, Cartagena y Hellín, toda vez que se indicaba que en dichos distritos poseía bienes la deudora, se libró en efecto el exhorto; que requerido en Cartagena D. Jesús Riquelme, que dijo tener poder de su madre Doña Dolores, manifestó que no podía efectuar el abono de las can-

tidades reclamadas, por tener hecha suspensión de pagos y convocado concurso de acreedores extraoficialmente; y que en su virtud se procedió al embargo de diferentes bienes de todas clases, nombrándose depositario:

Resultando que devuelto el exhorto al Juzgado de Valencia, y repartido al del distrito de San Vicente, solicitó ante él la referida razón social en escrito de 19 de Enero que Doña Dolores Riquelme absolviera cierta posición y reconociera unas cartas; y que estimado así, se libró exhortó para ello al Juzgado de primera instancia de Cartagena, el cual, por providencia de 31 del citado mes, declaró no haber lugar por entonces á llevar á efecto dichas diligencias, mediante á referirse á un asunto en que se había promovido competencia:

Resultando que, en efecto, en 14 del citado mes de Enero, Doña Dolores Riquelme y Sánchez solicitó ante el Juzgado de Cartagena que se requiriera de inhibición al de Valencia, fundándose en que al de Cartagena correspondía el conocimiento de las diligencias de embargo preventivo, porque éstos no podían decretarse más que por el Juez del partido en que se hallasen los bienes que hubieran de embargarse, y porque, á mayor abundamiento, el domicilio de las casas de comercio era aquel en cuyo pueblo se hallaban establecidas, que era el punto del cumplimiento de sus obligaciones mercantiles:

Resultando que oído el Fiscal municipal, el Juez de Cartagena, por auto de 27 de Enero, se declaró único Juez competente para entender en el asunto, y mandó librar oficio inhibitorio al Juez de primera instancia de Valencia para que remitiera los autos á aquel Juzgado:

Resultando que recibido el exhorto en 13 de Febrero para este tiempo, en 9 de dicho mes había deducido la razón social Aparicio, Hernández y Compañía demanda ordinaria, solicitando que se ratificara el embargo preventivo practicado en los autos y se condenara á Doña Dolores Riquelme y Sánchez á pagar á la Sociedad demandante la cantidad de 4.691 pesetas 12 céntimos, importe de los indicados géneros y de los décimos de la lotería de Navidad que le había remitido, y de los gastos de una cuenta de resaca de una letra girada para parte de pago de aquéllos y que no había satisfecho, con los intereses legales desde la contestación á la demanda, y las costas; fundándose en que era de naturaleza mercantil la compraventa de géneros de que se trataba, por tener el comprador y vendedores el carácter de comerciantes, y por referirse á géneros que habían vendido en sus almacenes de dicha ciudad á Doña Dolores Riquelme, para revenderlos ésta en sus establecimientos de Cartagena y Hellín, siendo competente aquel Juzgado para conocer del pleito, no sólo por tratarse del cobro de una cantidad cuyo pago se había estipulado en aquella capital, sino también porque el deudor, al aceptar la factura, se sometió á los Tribunales de la misma, y porque tratándose de compraventa que se había perfeccionado en Valencia por la entrega de la cosa, lo tenía así resuelto este Supremo Tribunal en las sentencias, entre otras, de 8 de Noviembre y 10 de Diciembre de 1880:

Resultando que por providencia del siguiente día 10 de Febrero se tuvo por ratificado el embargo, y se confirió traslado con emplazamiento de la demanda á Doña Dolores Riquelme, á cuyo efecto se expidió exhorto al Juez de primera instancia de Cartagena; y que recibido en el 13, según se ha dicho, el testimonio y oficio del Juzgado de Cartagena requiriendo de inhibición al de Valencia, con suspensión de todo procedimiento, se acordó dar vista á la Sociedad demandante:

Resultando que impugnada por ésta la inhibición, así como por el Ministerio fiscal, á quien después se comunicaron las actuaciones, el Juez del distrito de San Vicente de Valencia, por auto de 5 de Marzo de 1888, se

negó á la inhibición declarándose competente para conocer de los autos, comunicándolo así, como en efecto se comunicó, al Juzgado de Cartagena:

Resultando que librado exhorto, según se ha dicho antes, en 11 de Febrero de 1888 por el Juez de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia al de la ciudad de Cartagena para el emplazamiento de Doña Dolores Riquelme, fué presentado á repartimiento en dicho Juzgado de Cartagena en 28 de Junio de 1890, y que acordado su cumplimiento, tuvo lugar en 30 de dicho mes el emplazamiento en la persona de D. Antonio Riquelme, la cual en 12 de Julio siguiente compareció en los autos ante el Juzgado de Valencia, por medio de Procurador con poder y en papel de la clase décima, Doña Dolores Riquelme, pidiendo se la tuviera por parte, como en efecto se la tuvo:

Resultando que en escrito presentado en 14 de Julio por Doña Dolores Riquelme en el Juzgado de Cartagena, solicitó que se requiriera de inhibición al del distrito de San Vicente de Valencia, por ser aquél competente para conocer de la demanda entablada por Aparicio, Hernández y Compañía contra Doña Dolores Riquelme, promoviendo por un otrosí incidente de pobreza; y que oído el Fiscal municipal, que apoyó las pretensiones de aquélla, el Juez de Cartagena por auto de 21 de Julio se declaró competente para conocer de dicha demanda, acordando requerir de inhibición al Juez de Valencia, fundándose para ello en que en aquélla se ejercitaba la acción personal que el contrato de venta producía en favor del vendedor para obtener el precio de los géneros vendidos y reintegro además del importe de los décimos de lotería que remitieron, y que aun cuando no existiera sumisión de las partes ni lugar señalado para el cumplimiento de una obligación que hubiera de exigirse, utilizando la acción personal, como acontecía en el caso actual, era Juez competente, á elección del demandante, el del domicilio del demando ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento; y siendo aquella ciudad el domicilio de Doña Dolores Riquelme, correspondía á aquel Juzgado y no al del distrito de San Vicente de Valencia el conocimiento de la demanda promovida por Aparicio, Hernández y Compañía, art. 62, regla 1.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que el Juez del distrito de San Vicente de Valencia, después de haber oído á la Sociedad demandante y al Ministerio fiscal, dictó auto en 4 de Octubre último, por el que, fundado en que la demandada tenía por objeto hacer efectivo el pago de valor de géneros del comercio á que se hallaba dedicado en aquella plaza, y que adquirió Doña Dolores Riquelme para venderlos en su casa, siéndola remitidos con la factura que usaba la casa de Aparicio, Hernández, que contiene impresa la condición de pago en aquella ciudad; que parte de la cantidad que se reclamaba constituía el importe de unos décimos de la lotería nacional que Doña Dolores Riquelme encargó á Aparicio, Hernández le compraran y remitieran, como lo verificaron, siendo por lo tanto de obligación inexcusable por parte de la Riquelme indemnizar á dichos señores del importe suplido en su mismo domicilio; que teniendo el comerciante razón derecha para pedir el pago en su domicilio del valor de los géneros que vende, el hecho de librar contra el comprador no puede desposeerle de su acción en el caso de no ser aceptado ó pagado el giro; que por lo expuesto, Doña Dolores Riquelme, por la naturaleza de la deuda que se le reclama, no tenía derecho á utilizar el fuero de su domicilio, y que por consiguiente aquel Juzgado era el competente para demandarla; que procedía hacer mención del hecho de haberse personado como rica Doña Dolores Riquelme en los autos, después de haber invocado en el Juzgado de Cartagena su cualidad de pobre para utilizar sus beneficios, y que, por otra parte, según lo solicitado por el Ministerio fiscal, debía averiguarse el resultado de la competencia que se suscitó

para el conocimiento de las diligencias del embargo preventivo, se declaró competente para conocer del juicio promovido á nombre de Aparicio, Hernández y Compañía, y en su consecuencia denegó la inhibición acordada por el Juzgado de Cartagena, á quien se comunicase en la forma correspondiente; teniéndose presente, á los efectos que procediera, por el Juez requirente, que el Procurador de Doña Dolores Riquelme se había personado en los autos con el escrito de 12 de Julio último, usando el papel correspondiente, y sin alegar ni indicar siquiera que le correspondían los beneficios de la pobreza, y que se hiciera saber al Procurador de la Sociedad demandante que exhibiera el recibo que acreditase la entrega en el Juzgado de Cartagena del testimonio y oficio de que se incautó el día 6 de Marzo de 1888, en el que se negaba la inhibición propuesta por aquel Juzgado de las diligencias de embargo preventivo, y poniéndose nota por el actuario, se diera cuenta:

Y resultando que habiendo insistido el Juez de Cartagena en la inhibición, han elevado uno y otro las actuaciones para la decisión de este Supremo Tribunal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que, según lo dispuesto en la regla 1.ª, art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente en primer término para conocer de los juicios en que se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación:

Considerando que en la ciudad de Valencia, donde fueron vendidos y entregados los géneros á Doña Dolores Riquelme y Sánchez, es el lugar en que debió pagar el precio de los mismos, como condición natural del contrato de compraventa, hallándose en igual caso el importe de los dos décimos de lotería y certificados, como resultado del mandato cumplido en dicha ciudad; cuyos conceptos constituyen la demanda origen de esta competencia;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia, al que se remitan todas las actuaciones con la certificación correspondiente para los efectos de derecho; siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez de primera instancia de Cartagena.—(Sentencia publicada el 13 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 31 del mismo mes y año.)

12

RECURSO DE CASACIÓN (13 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña María Gordón (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que en el caso del párrafo segundo del art. 1711 de la ley de Enjuiciamiento civil, el recurso de casación ha de presentarse en el preciso término de veinte días, y siéndolo después de este plazo no es admisible, conforme el número 1.º del art. 1729, relacionado con el 1728 de la citada ley.

Resultando que preparado por Doña María Gordón y Aviño, la cual está mandada defender en concepto de pobre, recurso de casación por infracción de ley, contra sentencia de la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, dictada en 6 de Octubre último, remitida de oficio á este Tribunal Supremo la correspondiente certificación, y habiendo aceptado la defensa de aquélla el Letrado y Procurador que designó en el es-

crito solicitando dicha certificación, por providencia de 13 de Noviembre se mandaron entregar los autos á la propia parte para los efectos de la ley:

Resultando que notificada la referida providencia el mismo día 13 de Noviembre, el siguiente 14 tomó los autos el Procurador de la Doña María, habiéndolos devuelto en 11 de Diciembre con el escrito interponiendo el recurso, á cuya admisión se ha opuesto el Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que en los casos como el de que se trata, con arreglo á lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1711 de la ley de Enjuiciamiento civil, el recurso de casación ha de presentarse en el preciso término de veinte días, que ya había transcurrido con exceso cuando se verificó la presentación del de autos, no siendo en su consecuencia admisible, de conformidad al núm. 1.° del art. 1729, relacionado con el 1728 de la citada ley;

No ha lugar con las costas á admitir el enunciado recurso de casación interpuesto á nombre de Doña María Gordón Aviño; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 13 de Enero de 1891, inserto en la *Gaceta* de 26 de Febrero del mismo año.)

13

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (15 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Desahucio.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Josefa Helguera en autos con D. Antonio Echevarría y otro (Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de la Habana), y se resuelve:

Que la falta de personalidad que determina el núm. 2.° del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil para las islas de Cuba y de Puerto Rico, no se refiere al derecho ó acción con que se litiga, sino á la capacidad personal para demandar ó comparecer en juicio, conforme á lo dispuesto en el art. 532 de la expresada ley.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado municipal del distrito de Guadalupe de la ciudad de la Habana, y en el de primera instancia del distrito del Centro de aquella capital, por Doña Josefa Helguera Palacios, viuda, propietaria, vecina de Santander, por sí y en representación de sus hijos menores Doña Esperanza, D. José María y Doña Pilar Carrera y Helguera, y en su nombre el Procurador D. Antonio Bendicho, bajo la dirección del Doctor D. Francisco Lastres, con D. Antonio Echevarría y D. Andrés Fernández, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre desahucio:

Resultando que D. Ramón de la Llana, con el carácter de apoderado de Doña Josefa Helguera, presentó escrito en 15 de Febrero de 1890 en el Juzgado municipal de Guadalupe, exponiendo: que su poderdante tenía dada en arrendamiento desde 1886 á D. Antonio Echevarría, comerciante, domiciliado en el mercado de Tacón, la casilla núm. 56, compuesta de bajo, entresuelo, alto y portales, limitados por la calle de Dragones, por el precio de 76 pesos 50 centavos en oro, pagaderos en los días primero de cada mes, y que no habiendo efectuado el pago correspondiente á los de Enero á Diciembre anterior, proponía demanda de desahucio, para que se condenase á D. Antonio Echevarría al desalojo de dicha casilla y anexidades, condenándole además al pago de las costas:

Resultando que celebrado el juicio verbal prevenido por la ley, el Juez municipal dictó sentencia en 22 de dicho mes de Febrero, declarando con lugar el desahucio de la casilla núm. 56 del mercado de Tacón con sus anexidades, condenando á Echevarría á que dentro del término de quince días la desalojase, apercibido de lanzamiento si no lo verificaba, condenándole además en las costas:

Resultando que firme esta sentencia por consentimiento de las partes, á instancia del actor se hizo al demandado el apercibimiento acordado en ella, y dispuesto por providencia de 13 de Marzo, en el juicio promovido por D. José de San Martín contra D. Antonio Echevarría sobre desahucio de la casilla núm. 55 de dicho mercado, que se pusiera en éste certificación de varios particulares, se hizo en efecto según se mandaba:

Resultando de ella que en 7 de dicho mes de Marzo, D. Andrés Fernández, vecino y del comercio del mercado de Tacón, presentó escrito en dicho juicio, manifestando: que había tenido noticia del desahucio promovido por San Martín contra Echevarría, y receloso de que esto fuera un ardid para lograr que se le desalojara del puesto de baratillo que ocupaba en los portales exteriores de dicho mercado, frente á los números 55 y 56, so pretexto de comprenderse el lugar en que se hallaba su puesto en el edificio del que había de lanzarse al inquilino Echevarría, á fin de evitar sorpresas perjudiciales para sus intereses y para la recta administración de justicia, se apresuraba á manifestar que no era subinquilino de D. Antonio Echevarría, y que ni con éste ni con D. José San Martín y Llano, dueño de la casilla, había celebrado contrato de arrendamiento; que los portales pertenecían al Ayuntamiento de aquella ciudad, del cual había recibido la licencia para situarse en el portal exterior del mercado, frente á los números 55 y 56; que no era posible lanzarle del lugar indicado, á virtud del pleito, en que no había sido parte; que para que se viera el fundamento de su recelo y del derecho que alegaba, acompañaba la certificación que probaba que Echevarría había pretendido desalojarle del sitio que ocupaba, y que el Gobierno general había promovido al Juzgado municipal cuestión de competencia, por entender que los portales exteriores del mercado de Tacón eran propiedad del Ayuntamiento, competencia que aun no se había resuelto; suplicando por tanto al Juzgado que se ordenase que en el desahucio decretado contra D. Antonio Echevarría, no se comprendía el lugar que ocupaba con su puesto de baratillo en los portales exteriores del mercado de Tacón, frente á los números 55 y 56:

Resultando que con este escrito acompañó una certificación del Secretario del Gobierno general de la isla de Cuba, de 4 de Marzo de 1890, en la que se expresa que en aquella oficina cursaba el expediente de competencia entablada al Juzgado de Guadalupe por desahucio seguido por Don Antonio Echevarría contra D. Andrés Fernández, que ocupa un puesto en los portales exteriores del mercado de Tacón, frente á los números 55 y 56, en cuyo expediente no había recaído aún resolución:

Resultando que denegada por providencia del Juez municipal de 11 de dicho mes de Marzo la pretensión de Fernández, pidió reposición; y oído D. Ramón de la Llana, como apoderado de Doña Josefa Helguera, el Juez municipal la denegó, y admitió en un solo efecto la apelación que se interpuso:

Resultando que librada certificación de los particulares solicitados, y citadas y emplazadas las partes para ante el Juzgado de primera instancia, solicitó en él D. Andrés Fernández que se le oyera libremente la apelación, y el Juez, teniendo en cuenta los perjuicios irreparables que en definitiva se causarían al apelante, la declaró admitida en ambos:

Resultando que en su virtud, el Juez municipal, con suspensión de todo procedimiento, remitió las actuaciones originales, y celebrada la compare-

cencia prevenida por la ley, á la que asistieron las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 17 de Junio del año último revocando el auto de 11 de Marzo y su concordante de 18 siguiente, y admitiendo en su consecuencia, como parte en aquel juicio de desahucio, á D. Andrés Fernández, apelante en el mismo; declarando en su virtud nula y sin efecto la diligencia de lanzamiento en la parte referente al desalojo del expresado Fernández, en cuyo extremo se revocaba la sentencia de 22 de Febrero anterior, absolviéndole de la demanda referida, y disponiendo fuera restituído inmediatamente al lugar que ocupaba con su armatoste y vidrieras, frente á la casilla núm. 56, á costa del actor, á quien se condenaba á indemnizar á Fernández de los daños y perjuicios que hubieran podido ocasionársele desde el momento del despojo, y que oportunamente acreditaría en la forma legal, condenándole además en las costas de ambas instancias;

Y resultando que D. Ramón de la Llana, como apoderado de Doña Josefa Helguera, acreditando el depósito de 250 pesos, determinado por el art. 1696 de la ley, interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en los artículos 1687, núm. 2.°, y 1691, núm. 2.°, por falta de personalidad de D. Andrés Fernández.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que la falta de personalidad que determina el núm. 2.° del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil para las islas de Cuba y de Puerto Rico, no se refiere al derecho ó acción con que se litiga, sino á la capacidad personal para demandar ó comparecer en juicio, conforme á lo dispuesto en el art. 532 de la expresada ley:

Considerando que el presente recurso no se funda en que D. Andrés Fernández, que compareció en nombre propio en el desahucio instado por la recurrente contra D. Antonio Echevarría, no reuna las condiciones personales necesarias al efecto, sino en que no habiendo sido Fernández demandante ni demandado en dicho juicio, no le asiste derecho á ser tenido como parte en los autos, y más cuando la sentencia recaída era ya firme, y esto, que es de fondo, evidencia que no se trata del quebrantamiento de forma previsto en el caso segundo del expresado art. 1691 de la citada ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto á nombre de Doña Josefa Helguera Palacios, por sí y en representación de sus hijos menores, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la dozava parte de la cantidad objeto del litigio, que se distribuirá con arreglo á la ley, devolviéndosela la restante hasta la que constituyó en depósito al interponer dicho recurso; y líbrese al Juez de primera instancia del distrito del Centro de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 15 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 31 del mismo mes y año.)

14

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA EN ASUNTO DE ULTRAMAR (15 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Desahucio.*—No ha lugar al interpuesto por D. José de San Martín en autos con D. Antonio Echevarría y otros (Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de la Habana), y se resuelve:

Que la falta de personalidad que determina el núm. 2.° del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil para las islas de Cuba y Puerto Rico, no se refiere al derecho ó acción con que se litiga, sino á la capacidad personal para

demandar ó comparecer en juicio, conforme á lo dispuesto en el art. 532 de la expresada ley.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado municipal del distrito de Guadalupe, de la Habana, y en el de primera instancia del distrito del Centro de dicha ciudad, por D. José de San Martín y Llano, propietario, vecino del Concejo de Sopuerta, en Vizcaya, representado por el Procurador D. Antonio Bendicho y defendido por el Doctor D. Francisco Lastres, con D. Antonio Echevarría y D. Andrés Fernández, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre desahucio:

Resultando que D. Andrés Eguillor y Urcullés, en calidad de Gerente de la razón social Larrea, Eguillor y Compañía, representante y administradora á su vez de D. José de San Martín y Llano, presentó escrito en 15 de Febrero de 1890 en el Juzgado municipal de Guadalupe de la ciudad de la Habana, exponiendo: que D. Antonio Echevarría tenía arrendada para establecimiento mercantil la casilla núm. 55, del mercado de Tacón, con todos sus portales y anexidades, lindando por frente con la calle de Dragones; por el fondo con el mercado; por la izquierda con la casilla número 54; por la derecha con la núm. 56, mediante el pago de 80 pesos oro el primer día de cada mes vencido; y que no habiendo satisfecho la mensualidad de Enero, establecía demanda para que se condenara á D. Antonio Echevarría á desalojar la mencionada casilla con sus portales y anexidades y al pago de las costas:

Resultando que celebrado el juicio verbal prevenido por la ley, el Juez municipal dictó sentencia en 22 de dicho mes de Febrero, estimando el desahucio de la citada casilla, con sus portales y anexidades, condenando á Echevarría á desalojarla en el término de quince días; apercibido de lanzamiento, con imposición de todas las costas:

Resultando que consentida esta sentencia, se hizo al demandado el apercibimiento contenido en ella, y en tal estado presentó escrito en 7 de Marzo D. Andrés Fernández, vecino y del comercio del mercado de Tacón, manifestando que había tenido noticia del desahucio promovido por San Martín Llanos contra Echevarría, y receloso de que esto fuera un ardid para lograr que se le desalojara del puesto de baratillo que ocupaba en los portales exteriores de dicho mercado frente á los números 55 y 56, so pretexto de comprenderse el lugar en que se hallaba su puesto en el edificio del que había de lanzarse al inquilino Echevarría, á fin de evitar sospresas perjudiciales para sus intereses y para la recta administración de justicia, se apresuraba á manifestar que no era subinquilino de D. Antonio Echevarría, y que ni con éste ni con D. José de San Martín y Llano, dueño de la casilla, había celebrado contrato de arrendamiento; que los portales pertenecían al Ayuntamiento de aquella ciudad, del cual había recibido la licencia para situarse en el portal exterior del mercado, frente á los números 55 y 56; que no era posible lanzarle del lugar indicado á virtud del pleito, en que no había sido parte; que para que se viera el fundamento de su recelo y derecho que alegaba, acompañaba la certificación que probaba que Echevarría había pretendido desalojarle del sitio que ocupaba, y que el Gobierno general había promovido al Juzgado municipal cuestión de competencia por entender que los portales exteriores del mercado de Tacón eran propiedad del Ayuntamiento, competencia que aun no se había resuelto; suplicando por tanto al Juzgado se ordenase que en el desahucio decretado contra D. Antonio Echevarría no se comprendiera el lugar que ocupaba con su puesto de baratillo en los portales exteriores del mercado de Tacón frente á los números 55 y 56:

Resultando que con su escrito acompañó una certificación del Secretario del Gobierno general de la isla de Cuba de 4 de Marzo de 1890, en la que se expresa que en aquella oficina cursaba el expediente de competencia entablada al Juzgado de Guadalupe por desahucio, seguido por D. Antonio Echevarría contra D. Andrés Fernández, que ocupaba un puesto en los portales exteriores del mercado de Tacón, frente á los números 55 y 56, en cuyo expediente no había recaído aún resolución:

Resultando que denegada por providencia del Juez municipal de 11 de dicho mes de Marzo la pretensión de Fernández, pidió reposición; y que oído el demandante que la impugnó, el Juez, por auto del 18 la denegó, admitiendo en un sólo efecto la apelación que se interpuso:

Resultando que librada certificación de los particulares designados por las partes, que fué entregada á D. Andrés Fernández, citándose y emplazándose á aquéllas para su comparecencia en el Juzgado de primera instancia, solicitó ante él que la apelación interpuesta se entendiera admitida en ambos efectos, y considerando aquél que la no admisión en ambos efectos de la apelación causaría perjuicios irreparables al demandante, la declaró admitida en ambos:

Resultando que remitidas en su virtud por el Juez municipal originales las actuaciones con suspensión de todo procedimiento, tuvo lugar la comparecencia prevenida por la ley, y en 18 de Junio dictó sentencia el Juez de primera instancia revocando el auto de 11 de Marzo del año último, y su concordante de 18 del mismo mes, admitiendo en su consecuencia como parte en el juicio de desahucio á D. Andrés Fernández, apelante en el mismo: declarando en su virtud nula y sin efecto la diligencia de lanzamiento en la parte referente al desalojo del expresado Fernández, en cuyo extremo se revocaba la sentencia de 22 de Febrero anterior, absolviéndole de la demanda referida, y disponiendo fuera restituído inmediatamente al lugar que ocupaba con su armatoste y vidriera frente á la casilla núm. 55, á costa del actor, á quien se condenaba á indemnizar á Fernández de los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionarle desde el momento del despojo, y que oportunamente acreditaría en la forma legal, condenándole además en las costas de ambas instancias:

Resultando que D. José de San Martín y Llano interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el núm. 2.º del artículo 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, y acompañado el depósito de 250 pesos prevenidos por la ley.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que la falta de personalidad que determina el núm. 2.º del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil para las islas de Cuba y Puerto Rico, no se refiere al derecho ó acción con que se litiga, sino á la capacidad personal para demandar ó comparecer en juicio, conforme á lo dispuesto en el art. 532 de la expresada ley:

Considerando que el presente recurso no se funda en que D. Andrés Fernández, que compareció en nombre propio en el desahucio instado por el recurrente contra D. Antonio Echevarría, no reuna las condiciones personales necesarias al efecto, sino en que no habiendo sido Fernández demandante ni demandado en dicho juicio, no le asiste derecho á ser tenido como parte en los autos, y más cuando la sentencia recaída era ya firme, y esto, que es de fondo, evidencia que no se trata del quebrantamiento de forma previsto en el caso 2.º del expresado art. 1691 de la citada ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por D. José de San Martín y Llano, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la dozava parte de la cantidad objeto del litigio, que se distribuirá con arreglo á la ley, devolviéndosele la restante hasta la que constituyó en

depósito al interponer dicho recurso; y líbrese al Juez de primera instancia del distrito del Centro de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 15 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 31 del mismo mes y año.)

15

Recurso de casación (16 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad.*—No ha lugar al interpuesto por D. Ramón Descals en pleito con D. José Porxas (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que los artículos 524, 548, 359 y 670 de la ley de Enjuiciamiento civil no pueden dar lugar á un recurso en el fondo:

Que la sentencia que condena al pago de la cantidad pedida en la demanda es congruente con ésta:

Que estimando la Sala sentenciadora suficientes las pruebas practicadas por el actor, sin que se demuestre que en esta apreciación se cometa error de hecho ó de derecho, no existe la infracción de las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 13, y 1.ª y 8.ª, tít. 14, Partida 3.ª; 2.ª, 3.ª, 6.ª y 19, tít. 3.º, libro 22 del Digesto De confessis *y 56* De re judicata:

Que no es posible condenar en daños y perjuicios al que ha cumplido su contrato, y entendiéndolo así la sentencia, habiéndose en ella apreciado la prueba pericial y testifical con sujeción á las reglas de la sana crítica y en combinación con los demás elementos probatorios aducidos, no infringe las leyes 3.ª, tít. 15, Partida 4.ª; Código De Oblig. et acs.; *72 y 112, Partida 1.ª; Digesto* De verb. oblig. Ob. injustam, *Cód.,* De Codice ex lege; *49, tít. 14, Partida 5.ª; 5.ª y 2.ª,* De prescrip. verb., tres int., *tít.* De mand., *párrafo noveno; 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 13, y 1.ª y 8.ª, tít. 14, Partida 3.ª; 2.ª, 3.ª, 6.ª y 19, tít. 3.º, libro 22 del Digesto* De confessis *y 56* De re judicata:

Que no se infringe la doctrina legal de que los testigos en número suficiente y con las circunstancias requeridas justifican el hecho sobre que declaran, y es preciso estar á su dicho como á una verdad probada, siempre que no se les haya opuesto en tiempo oportuno tacha debidamente justificada, si los testigos que han depuesto sobre los hechos no reunen las circunstancias á que dicha regla alude.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Olot y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. José Porxas y Matabosch, tintorero, con D. Ramón Descals y Pujol, del comercio, ambos vecinos de Olot, sobre pago de cantidad; pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el segundo, y en su defensa y representación el Licenciado D. Julio Seguí y el Procurador Don Antonio Piñol y Pereantón, habiendo estado el D. José Porxas defendido y representado á su vez por el Licenciado D. Javier Tort y el Procurador D. Lino de Villar:

Resultando que en 30 de Julio de 1887, D. José Porxas y Matabosch formuló ante el Juzgado de primera instancia de Olot la demanda objeto de este pleito, apoyado en los hechos de que D. Ramón Descals y Pujol tenía establecida en Olot una fábrica de tejidos y géneros de punto, y en el año de 1883 trató particularmente Porxas con aquél el tinte de varios de los géneros que Descals fabricaba, conviniendo el precio y condiciones, practicando el demandante durante dicho año y el siguiente 1884 las operaciones del tinte á satisfacción de Descals, que pagó el importe convenido de dichas operaciones, saldando á principios del año siguiente la cuenta co-

rriente del anterior, y continuaron entre ambos los tratos y operaciones durante los años 1885 y 1886; y el demandante, á medida que recibía de Descals las piezas, las daba el tinte correspondiente, presentándole cada mes la cuenta de los objetos teñidos, de conformidad con factura llamada remitido, vulgarmente *alverá,* en la forma que se expresaba en las partidas de las cuentas mensuales acompañadas; arrojando en el año 1885 la cantidad de 3.942 pesetas 96 céntimos, de la que Descals pagó durante el año 1886 2.517 pesetas 90 céntimos á cuenta del año anterior, quedando á deber 1.425 pesetas 6 céntimos; y que en el año 1886 continuaron aquellas operaciones, arrojando en ese año las cuentas mensuales la cantidad de 3.363 pesetas 77 céntimos, incluído el saldo en deuda del año anterior; cantidad que no había satisfecho Descals; y solicitó se condenase á D. Ramón Descals y Pujol al pago de las enunciadas 3.363 pesetas 77 céntimos con los intereses legales devengados respecto á 1.425 pesetas 6 céntimos, correspondientes á la cuenta corriente de 1885 desde el 1.º de Enero de 1886, y de 1.838 pesetas 71 céntimos de la cuenta de este último año desde 1.º de Enero de 1887, ó cuando menos desde 26 de Abril siguiente, en que tuvo lugar el acto conciliatorio, y en las costas:

Resultando que con la demanda se acompañaron doce cuentas, correspondientes á los meses del año 1885, y una especial é independiente relativa al mes de Junio del mismo año; otras diez que se refieren á los meses de Enero á Octubre, ambos inclusive, de 1886; un extracto de cuenta corriente de Descals con Porxas, en cuyo *Debe* aparece el importe de las trece mensuales del primero de dichos años, que ascendía á 3.942 pesetas 96 céntimos, anotándose en el *Haber* de Descals varias cantidades en los meses de Febrero, Marzo y Abril del segundo de aquellos años, que ascienden á 2.517 pesetas 90 céntimos, quedando un saldo en contra de Descals de 1.425 con 6; otro extracto de cuenta corriente del referido año 86, comprensivo del *Debe* de Descals á Porxas en los diez mencionados meses del propio año, que con la partida de saldo del anterior, suman 3.363 pesetas 77 céntimos, sin aparecer en él partida alguna de *Haber;* y 139 notas con el título de *alverás* ó *alvarás,* firmadas unas por D. Ramón Descals y otras por D. José Salón, de entregarse á Porxas distintas partidas de género para teñirlo, que guardan relación con las detalladas en las cuentas de cada mes, faltando sólo el *alverá* de la especial de Junio de 1885, habiendo entre estas notas dos de las respectivas fechas de 9 y 23 de Febrero del 85, de entrega de partidas de lana para teñir azul sargil; y otra de 9 de Octubre de 1886, firmada por Descals y dirigida á Porxas, remitiéndole una partida de lana para granate, y en la que se lee: «Respecto á lo que usted me dice en la suya, siento no poderle complacer, pues contaba para usted con la feria de Vich, y no se ha hecho nada; y hasta año nuevo no se puede disponer de nadie, que si alguna cosa se recoge lo necesito para otras atenciones»:

Resultando que contestando la demanda D. Ramón Descals, en los hechos que alegó, y después de reconocer haber tratado con Porxas el tinte de varios géneros, negó que esta operación se practicase á su satisfacción, pues precisamente había experimentado irreparables perjuicios con el tinte que le dió Porxas en los años 1883 y 1884, por cuanto entregado á aquél distintas partidas de lana en rama para paquetería é hilos, á fin de darles el tinte azul, resultó falsificado, y al manifestárselo á Porxas, se convenció de la falsificación al practicar la operación de desgrasar los hilos, teniendo que darles entonces el tinte negro, y conformándose en dejar dichos géneros de su cuenta y encargo, y conviniendo con Descals que éste procurase venderlos por cuenta de Porxas, en la inteligencia de que de no poder realizarlo se haría éste cargo de ellos en cualquier tiempo, satisfaciendo su importe á Descals; géneros que conservaba éste en su poder, pero á dispo-

sición de Porxas mediante pago de su importe; que en aquella misma fecha le propuso Porxas teñirle géneros á azul sargil y á precio más módico del que hasta entonces le había teñido D. Eudaldo Artigas, de quien Descals se servía, por un nuevo procedimiento; y aceptada la oferta por el último, con tal de que fuese un tinte bueno y sólido, así le prometió Porxas, y que sería superior al que le daba Artigas y al de las muestras que Descals le entregó; y así las cosas, continuó dando á teñir géneros al demandante, de conformidad á los *alverás* que, referentes á los años 1883 y 1884, debían obrar en poder de Porxas, y cuya presentación pedía el alegante para la más acertada resolución del litigio; que los géneros sargiles fueron teñidos con color falsificado que desaparece fácilmente, con lo cual se hacen inútiles para el uso á que se destinan; y como son géneros que no deben ir al desgrase, la falsificación no aparece sino después de haber sufrido algún lavado, y por consiguiente transcurrido algún tiempo; circunstancia que fué causa de que no se dirigiesen á Porxas desde luego las oportunas reclamaciones, efectuándolo Descals cuando á su vez había recibido las de sus clientes, y cuando por sí propio había observado la verdad de aquella falsificación, en justificación de lo cual acompañaba algunas de las muchas cartas recibidas de sus parroquianos; que también acompañaba una nota factura de los géneros que había inutilizado Porxas con el tinte falsificado, cuyo importe se calculaba en 8.208 pesetas 33 céntimos, ó la suma que resultase de las justificaciones que se hicieran; que era inexacto adeudase las 3.363 pesetas 77 céntimos que se le reclamaban, pues según dos facturas que presentaba, el importe del tinte en 1885 era de 3.576 pesetas 68 céntimos, y la de 1886 arrojaba un total de 1.938 pesetas 86 céntimos, en vez de las sumas que consignaba el actor; debiendo además tenerse en cuenta que los géneros tintados por éste á que se referían dos de los *alverás* presentados con la demanda, eran también otros de los falsificados, no teniendo, por tanto, obligación de satisfacer su importe, sino que debía Porxas encargarse de ellos mediante el abono de su valor á Descals, en la propia forma que los de los años 1883 y 1884; y en resumen, que no adeudaba cantidad alguna á Porxas, el cual, por el contrario, estaba debiendo al demandado el importe de los géneros inutilizados por culpa de aquél, debiendo hacerse cargo de ellos mediante el pago de su valor, con más la indemnización de perjuicios sufridos por Descals, de cuyo descrédito había sido causa; y por último, el abono de las cantidades satisfechas de más previa liquidación; y oponiendo las excepciones de falta de acción y derecho, dolo, plus petición, la de *condictio indebiti* y de *injustam causam* y cuantas otras fuesen procedentes; y utilizando la acción personal por vía de reconvención, pidió se le absolviese de la demanda, condenando á Porxas á pagarle el importe de los géneros inutilizados, los que se dejaban á su cargo y disposición, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios y restitución de las cantidades satisfechas de más, mediante liquidación, y al pago de las costas:

Resultando que el actor en la réplica reprodujo los hechos de la demanda, y añadió: que Descals conocía y debía conocer, como industrial, que el tinte convenido no podía ser sólido, sino que tenía más ó menos permanencia, según el precio en que lo pagase, y él mismo pudo hacer la prueba luego de recibido el género, sin necesidad de que sus parroquianos se lo advirtiesen después; que lo que Descals quiso fué un tinte barato para sacar más ventajas en la venta del género; que no era cierto que falsificase el tinte azul durante los años 1883 y 1884, ni tampoco el del género á que se referían los dos *alverás* de 7 y 23 de Febrero de 1885, pues el tinte correspondía al precio de 3 y 4 sueldos que por él se contaba en la factura; que el demandado no había hecho reclamación alguna hasta el escrito de contestación, habiendo transcurido más de tres y cuatro años desde que

se tintó el género correspondiente á 1883 y 1884, saldando su importe y remitiéndole nuevo género en los años 1885 y 1886 para tinte de varias clases, y por lo mismo no había causado perjuicio alguno á Descals por razón del tinte de dichos años; é hizo observar no conservaba los *alverás* referentes á los géneros tintados en los mismos años, por haberlos inutilizado después de saldado el precio y transcurrido el término prevenido en el art. 371 del antiguo Código de Comercio; y oponiendo á la reconvención las excepciones de falta de acción y derecho, y la de prescripción, pidió se le absolviese de dicha reconvención y se fallase como tenía pedido en la demanda:

Resultando que el demandado en su escrito de dúplica reprodujo lo alegado en la contestación, y expresó: que en los años 1885 y 1886 no continuó ya encargando á Porxas el tinte azul sargil, excepto las dos pequeñas partidas de los *alverás* de 7 y 23 de Febrero del primero de dichos años, y protestó de la falta de presentación de los *alverás* de 1883 y 1884:

Resultando que recibido el pleito á prueba, absolvió posiciones Descals, declarando tenía saldadas á Porxas las cuentas del tinte de los géneros durante los años 1883 y 1884, en cuyos años pagó el tinte azul sargil á razón de 3 sueldos por libra; que durante los años 1885 y 1886, á medida que Porxas recibía los géneros que el declarante le enviaba para el tinte, aquél se le daba, presentándole cada mes cuentas de los géneros teñidos, precio por libra, clase de tinte, número de libras é importe de ellas, de conformidad con las notas ó *alverás* que el declarante remitía, pero que el tinte no era el convenido; que la cuenta parcial del mes de Junio de 1885, que iba por separado á continuación de la del propio mes, no tenía notas ó *alverás* que con la misma concuerden, porque fué un tinte separado ó especial; que no podía presentar recibo ni documento alguno que acreditase haber saldado las cuentas del tinte dado por las correspondientes á los años 1885 y 1886, no pudiendo asegurar como cuenta corriente que era si estaba saldada; que de la cuenta de 1885 entregó mayor cantidad que la de 2.517 pesetas 90 céntimos, entendiéndose en la cuenta corriente que no correspondía á año determinado, sino desde que empezó el arriendo de servicios establecido entre los litigantes de los años 85 y 86, por cuanto el año 84 estaba saldado; que cuando D. Eudaldo Artigas teñía los géneros á azul sargil que le remitía el declarante, antes de los años 1883 y 1884 y después de éstos, el precio por libra de tinte que el propio declarante había pagado al Artigas era de 6 ó 7 sueldos; que reconocía las firmas de los alverás de autos, lo propio que las de su encargado José Palou; y que los libros auxiliares que llevaba no estaban sellados ni firmados por la Autoridad judicial:

Resultando que á su vez el demandante, absolviendo también posiciones, declaró: que únicamente se rehicieron ó retintaron algunos géneros de Descals, por no quedar á su gusto, como acostumbraba el declarante á hacerlo con los demás fabricantes, pero sin mediar reclamación alguna; que en 1883 y 1884 tintó el azul turquí que le encargó Descals á 2 reales, y el sargil á 3 sueldos, no siendo sólido el tinte dado por él á los géneros de Descals; que no conservaba en su poder los *alverás* ó notas de 1883 y 1884, no recordando lo que hizo de ellos; que la industria de tintorería á que se dedicaba la dirigía en unión de su hijo Joaquín, quien al igual que el declarante se entendía con los parroquianos, y uno y otro, indistintamente, eran los que generalmente extendían las facturas y hacían los precios, aceptando el declarante los contratos que hacía su hijo; que de igual calidad puede ser el sargil que el turquí, según el convenio con el fabricante; que sabía la clase de tinte que había que dar á cada remesa por el matiz de la muestra que se le entregaba; que en los años 1883 y 84 tintó el azul turquí al precio de 2 reales y el sargil á 3 sueldos; que tintaba los

géneros según el precio convenido, estando Descals convencido de que el tinte de 3 sueldos era más ó menos permanente, pero no sólido, porque sabía perfectamente que para esto necesitaba tener todo tina; que reconocía como ciertas y exactas las entregas que constituían el haber de la cuenta, cuyo total era 2.517 pesetas 90 céntimos; y que el tinte dado á los géneros de Descals en 1883 y 84 no era sólido; y habiéndosele puesto de manifiesto dos documentos privados, fechado el uno en Olot á 20 de Diciembre de 1887, con la firma de Juan Ridaura, expresivo de que en 6 de Febrero del 85 entregó á D. José Porxas por orden y cuenta de D. Ramón Descals la cantidad de 2.000 pesetas, y en 12 de Septiembre siguiente la de 1.250; y el otro, de fecha 19 del propio mes de Diciembre del mismo año 87, con la firma de «hijos de Montsalvatje», según el cual, en 9 del mencionado mes de Febrero de 1885, tenían abonadas en cuenta corriente á D. José Porxas las letras de que en él se hace mérito, importantes en junto 1.664 pesetas 53 céntimos; é interrogado el repetido Porxas acerca de que las expresadas cantidades le fueron entregadas á cuenta por Descals, manifestó podía ser cierto su contenido, pero no lo recordaba; haciendo igual manifestación á otra pregunta que se le dirigió acerca de que en 19 de Diciembre del expresado año 85, Descals le entregó además una letra librada á su favor importante 325 pesetas, que hizo efectiva; siendo reconocidas las firmas y certeza de los predichos documentos privados por los referidos Ridaura y Montsalvatje, declarando como testigos, y presentadas las enunciadas letras, que se unieron unas y testimoniaron otras en autos por los pagadores de ellas, también examinados en aquel concepto:

Resultando que se practicó la prueba pericial que propuso el demandado y con presencia de las muestras de géneros suministradas por el mismo, pero con la protesta que hizo el demandante de no reconocer que los géneros objeto de peritación fueran los que tintó en los años 1883 y 1884 y Febrero de 1885, emitiendo su dictamen los tres peritos que las partes designaron, manifestando: que los géneros denominados sargiles suelen destinarse con preferencia á delantales, cuyas principales circunstancias son su duración y la solidez de su tinte; que la falsificación de un tinte no aparece de momento, y si bien algunos de los géneros tintados á azul pueden alguna vez experimentar algún demérito con algunos lavados, no obstante, el más á propósito es dejarlos al aire libre, ó sea al sol y sereno por algún tiempo, ó bien sujetados á algún reactivo; que para ser tintorero se necesitan conocimientos especiales de dicho arte, no siendo suficiente el ser comerciante ni fabricante; que examinados los géneros objeto de peritación y las muestras que les fueron entregadas, practicadas las operaciones que se acostumbran en el arte de tintorería, y comparados los unos y los otros, resultaba: que los dichos géneros de lana y algodón no son de clase inferior sino regular y corriente; que el tinte de la lana de los géneros de que se trata no es sólido ni aceptable, y no queriendo engañar á los compradores, se debían dar por inútiles é inservibles, no pudiéndose destinar á uso alguno; y teniendo en cuenta el uso á que se destinaban con preferencia los sargiles, si se había tratado que los tales colores fuesen sólidos y resultaba que no lo eran, no había duda que se debió haber causado á Descals muy graves perjuicios, los cuales era muy difícil apreciar en toda su extensión, por no ser fácil estimar el importe de los que hubiera podido sufrir por el descrédito que pudieran haberle causado, sin tener datos fijos sobre el total de los géneros tintados en igual forma, limitándose á consignar como perjuicios visibles y patentes el importe de los géneros examinados que conceptuaban por inútiles é inservibles en la suma de 8.300 pesetas, en que los apreciarían si fuesen bien tintados, prescindiendo de los demás perjuicios; que oídas las razones de los comerciantes en sargiles y géneros de paquetería y medias, que

auxiliaban á los peritos, los estimaban en 10.000 pesetas; que en el ramo de tintorería de géneros de lana y algodón se podía hacer tinte azul para sargiles de varias clases, según el precio que se quisiera gastar en él, puesto que la solidez dependía de darle más ó menos pie de tina, pudiendo los tintoreros dar siempre á la lana destinada para sargiles el color azul que el fabricante pida, entendiéndose de 3 sueldos para arriba, para lo cual habían de quedar entendidos de antemano sobre el precio, pues de esto dependía el darle más ó menos pie de tina ú omitirlo enteramente, pero debía entenderse que los peritos no sabían hacer un azul sólido para sargil á 3 sueldos; y en los años 1883 al 85 y hasta ahora todavía los azules destinados para sargiles se hacían por el precio de 5 sueldos para arriba por libra, según los querían los fabricantes más ó menos sólidos, no pudiendo decir los peritos que el color de los géneros que se les pusieron á la vista fuese falsificado, pues esta cualidad dependía del trato que pudiera haber mediado entre fabricante y tintorero; que no podían asegurar si las muestras referidas correspondían ó no á las que se suponían entregadas por Descals á Porxas; que los fabricantes podían enterarse al recibir los géneros si el tinte azul era más ó menos permanente, con sólo hacerle sufrir un lavado ó dejarlos colgados al sol y sereno; pero para esto era preciso lo supiesen, pues indudablemente muchos lo ignoraban; y que no podían asegurar si las muestras correspondían ó no con las que se suponían entregadas por Descals á Porxas:

Resultando que practicadas las demás pruebas que estimaron las partes convenir á su derecho, y transcurrido el término probatorio, formularon sus respectivos escritos de conclusiones, insistiendo Porxas en las solicitudes que tenía deducidas, y pretendiendo Descals que se le absolviese de la demanda como había pedido, y por reconvención que se condenase al actor á pagarle 8.300 pesetas en que los peritos habían apreciado el importe de los géneros inutilizados, los que se dejaban á cargo, cuenta y disposición de aquél, á la indemnización de daños y perjuicios en cantidad de 10.000 pesetas, también estimada por dichos peritos, con el abono y restitución de las satisfechas de más al demandante, importantes 2.159 pesetas 51 céntimos, cuyas tres partidas formaban un total de 20.459 pesetas 51 céntimos, y al pago también de las costas:

Resultando que seguida la sustanciación del pleito en dos instancias, recayó en 17 de Febrero último sentencia de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado, por la cual se condena á D. Ramón Descals á pagar al demandante las 3.363 pesetas 67 céntimos reclamados, con los intereses legales desde la contestación á la demanda, y se absuelve á Porxas de la reconvención formulada por Descals, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que por D. Ramón Descals se ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º, 2.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundado en haberse infringido á su juicio:

1.º Los artículos 524, 548, 549, 359, 670 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil; la ley 2.ª, tít. 16, libro 11 de la Novísima Recopilación y la doctrina consignada, entre otras, en la sentencia de este Tribunal Supremo fecha 21 de Abril de 1887, que exigen que se fije con precisión y claridad la cuestión ó reclamación en la demanda, debiendo quedar definitivamente fijada la litis en la réplica y dúplica, no pudiéndose alterar los términos de la cuestión á los cuales debe ajustarse el fallo; doctrina confirmada en sentencias de 14 de Mayo de 1879, 31 de Mayo de 1859, 30 de Abril de 1860, 31 de Mayo y 16 de Julio de 1862, 17 de Marzo y 14 de Mayo de 1864, 11 de Marzo y 9 de Diciembre de 1865, 6 de Abril, 27 de Junio y 14 de Octubre de 1866, 17 de Diciembre de 1874, 14 de Mayo de 1876 y 16 de Diciembre de 1878; pues una vez planteada la reclamación

por el demandante y ratificada la demanda en el escrito de réplica, declarando dicho demandante que el objeto del pleito era el pago del saldo de 3.363 pesetas 67 céntimos que suponía le adeudaba el recurrente por razón del tinte durante los años 1885 y 1886, por haber quedado saldada y liquidada la cuenta de 1883 y 1884, que fué satisfecha por Descals, la Sala sentenciadora no pudo prescindir de este hecho importantísimo, según el cual Descals era acreedor y no deudor de Porxas al dictar la sentencia recurrida, y por no hacerlo así incurrió en error de derecho y en la infracción de los citados artículos y leyes, y también por no ser congruente la sentencia con las pretensiones deducidas por las partes:

2.º Las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 13 de la Partida 3.ª; las 1.ª y 8.ª, título 14 de la misma Partida; las 2.ª y 19, tít. 3.º, libro 22 del Digesto *De confessis*; también la 3.ª y 6.ª del mismo; y la ley 56 Digesto *De re judicata*; leyes que establecen que la prueba incumbe al actor si el demandado negase la demanda, exceptuando el caso de que la negativa de éste envolviese una afirmación, en cuyo caso el demandado viene obligado á probarla, puesto que el actor había confesado en la demanda y réplica, y absolviendo posiciones, que las cuentas que tenía pendientes con Descals durante los años 1883 y 1884 quedaron totalmente saldadas, sin poderse por consiguiente discutir sobre ellas por ser asunto completamente terminado, debiendo sólo discutirse las cuentas pendientes de 1885 y 1886, que exclusivamente habían podido ser objeto de litigio, quedando reducida la cuestión del mismo á comprobar si el importe de los trabajos del tinte, realizados por Porxas en los géneros de Descals durante los enunciados años 1885 y 86, excedió ó no de lo que se había justificado abonó durante tal período el segundo al primero, determinando la diferencia en pro ó en contra, quién es el acreedor y quién el deudor, y no reconociéndolo así la Sala sentenciadora, había desconocido la fuerza probatoria de la conoscencia prestada por Porxas al confesar que fueron finiquitadas las predichas cuentas de 1883 y 84, infringiendo en este concepto las leyes citadas; y establecido que la liquidación de cuentas sólo debía verificarse de los años 1885 y 86, apareciendo según reconocían ambos litigantes ser el *debe* de 3.363 pesetas 67 céntimos, y el *haber* confesado por el demandante, no sólo en liquidación presentada con el escrito de conclusiones, sino también según lo justificado por las letras de cambio, declaración de los pagadores y la confesión del referido demandante, resultaba alcanzar Descals la cantidad de 2.159 pesetas 51 céntimos que reclamaba; pero Porxas afirmaba que debía aplicarse el haber que reconocía al pago de las cuentas de 1883 y 84, quedando planteada y reducida la cuestión á declarar si con arreglo á las leyes citadas bastaba aquella simple afirmación para estimarlo así probado, ó por el contrario, al referido actor incumbía probar semejante afirmación, siendo en síntesis esta cuestión la que en primer término se planteaba en el recurso, que revestía extraordinaria importancia; porque así como era un hecho inconcuso que en 1885 y 86, devengó Porxas las 3.363 pesetas 67 céntimos, y en los mismos años satisfizo Descals, no sólo esa cantidad, sino también además 2.159 pesetas 51 céntimos, hechos probados, era incuestionable que al afirmar el actor correspondía esta última suma al pago de cantidades de 1883 y 84, cuya cuenta fué líquida, debía probarlo, sin que lo hubiese verificado; siendo indiscutible, con arreglo á las expresadas leyes, haber incurrido la Sala sentenciadora en error de derecho, no reconociendo el deber del actor de probar la mencionada afirmación, é infringía la enunciada ley 2.ª, tít. 12, Partida 3.ª y las demás y jurisprudencia citadas en este número:

3.º La jurisprudencia de este Tribunal Supremo, especialmente la sentencia dictada en 18 de Noviembre de 1887, que en sus considerandos declara constituir la confesión judicial prueba plena contra quien la hace,

con todos los requisitos necesarios, incumbiendo al demandado la de los hechos por él afirmados para desvirtuar la demanda; que el que lo fué en aquellos autos sobre pago de cantidad por saldo de harinas y salvados reconocía como ciertas las partidas de la cuenta presentada, é igualmente los precios de la misma, excepto las partidas que enumeraba como no recibidas, añadiendo tener satisfecho todo el importe de las cantidades de harinas que había confesado recibió; y que la demanda era procedente, sin obstar á ello la excepción de pago opuesta por el demandado, una vez no la había probado, cual le incumbía hacerlo, por cuya razón la sentencia, entonces recurrida, que absolvía de la demanda, desconociendo lo expuesto, infringía la ley 2.ª, tít. 12, Partida 3.ª, y la doctrina invocada en los motivos 2.º y 3.º de aquel recurso; doctrina de completa aplicación al presente caso, no solo análogo, sino idéntico; pues la sentencia de que se trataba desconoció, como había desconocido la de estos autos, la eficacia de la confesión judicial, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en cuanto se refiere al deber de probar el actor lo afirmado en la demanda, y siendo demandado, cual lo era Porxas en la reconvención, el de probar también la negativa si ésta envuelve una afirmación; y como quiera que dicho Porxas no había probado, ni intentado probar, que la partida del haber por él reconocida debía aplicarse á la cuenta de los años 1883 y 84, estándolo, por explícita confesión de aquél, que fueron liquidadas y saldadas estas cuentas, no estimándolo así la sentencia, infringía la expresada jurisprudencia y la eficacia de la confesión judicial en los conceptos ya mencionados:

4.º La ley 3.ª, tít. 15, Partida 4.ª, Código *De oblig. et acs.;* 72 y 112, Partida 1.ª, Digesto *De verbo oblig. Ob. injustam, Cod.: de Codice ex lege,* y 49, tít. 14, Partida 5.ª; ley 5.ª, 2.ª *De prescrip. verb., tres int., tít. De mand.*, párrafo noveno y las citadas en la segunda infracción; las cuales establecen que la indemnización de daños y perjuicios alcanza al que por impericia, dolo, engaño ó negligencia les haya causado, siendo presunción legal, *juris tantum,* que todo industrial que por razón de su oficio se compromete á practicar servicios, debe saberlos realizar, y sus trabajos, cualquiera que sea el precio ó merced, deben servir para el objeto á que están destinados, por ser el fin esencial del contrato de arrendamiento de servicios la utilidad de éstos; pues de lo contrario resultaría un contrato de dichos servicios que no lo serían ni tendrían destino ni aplicación alguna, dado que Descals celebró con Porxas el de arrendamiento de servicios para el tinte de los géneros de su fábrica, estipulando el precio, con objeto de que dicho tinte fuera útil y aceptable para sus parroquianos, constando por las quejas de los corresponsales de Descals, por la misma confesión de Porxas, que afirmó que el género desteñía y era malo por ser barato, por la prueba testifical y por la pericial practicada ser ó haber quedado dicho genero inservible, sin que pudiese presumirse la realización de un servicio que, en vez de facilitar la venta y utilidad de unos géneros, la destruya y haga imposible; no habiéndose, á más de ello, probado que se realizase el contrato referido estipulando fuese malo é inservible el tinte, condición indispensable en este caso para que pudiese sostener su derecho el actor; pero aun en tal supuesto, como la condición sería inmoral é ilícita, resultaría no tener aquél acción para reclamar, por estimarlo la ley ineficaz é imposible, dentro de los principios de estricto derecho; y como por otra parte, en la sentencia recurrida se admitía el perjuicio causado y el juicio pericial, confesando aquél, el propio demandante, de tal confesión y reconocimiento de la sentencia se desprendía la necesidad legal de la indemnización, con arreglo á las precitadas disposiciones legales; y en lo relativo á fundarse la sentencia recurrida en haber transcurrido más ó menos tiempo para producir su reclamación el demandado, resultaría infringido

el *usatge omnis causæ*, en cuanto concede el derecho de producir reclamación judicial durante todo el tiempo señalado en la ley á dicho efecto, ó sea el de treinta años; y respecto á no reconocer la propia sentencia recurrida la identidad del género, objeto del juicio pericial practicado de común acuerdo de las partes y con expresa intervención del actor, se desconocían varias leyes y jurisprudencia ó doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo, mediante tener confesado en juicio el repetido actor ser él quien desde 1883 teñía los géneros al demandado, así como ser realmente malo el tinte dado á los mismos azul sargil de que se trata, sin haber impugnado la factura presentada en autos con el escrito de contestación, y fundarse la negativa de la expresada sentencia en el particular de la identidad de dicho género, en haber sido vendido por Descals, sin que Porxas hubiese intentado probar tal extremo, quedando en su consecuencia sin valor legal la negativa, infringiendo, al no reconocerlo así la Sala segunda de la Audiencia de Barcelona en su fallo, las disposiciones y doctrina ya invocadas relativas á la obligación del que excepciona de probar su afirmación; á más de lo cual, habiéndose practicado acerca de la enunciada identidad únicamente prueba testifical, no existen términos hábiles para que la Sala sentenciadora apreciase en conjunto elementos probatorios, y de consiguiente, dejando de estimar como de valor la prueba de tres testigos sin tacha y con las condiciones de la ley, contestes sobre tal extremo, infringía el precepto contenido en las sentencias de este Tribunal Supremo en este punto, así como también infringía iguales ley y doctrina, por el mismo concepto, no teniendo en consideración la prueba de cuatro testigos, también contestes ó unánimes, único elemento de ella utilizado y no combatido respecto al ofrecimiento del actor de practicar el tinte al precio convenido, siendo de permanencia y sólido; doctrina que tenía precisa aplicación al caso de autos, puesto que el fallo, al absolver al recurrido de la reconvención, prescindía del valor probatorio concedido al enunciado medio de prueba, cuando no cabe compensarlo ó apreciarlo conjuntamente con otros, habiendo incurrido, al no apreciar la eficacia de la predicha prueba testifical, en el error de derecho expresado en el número 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, así como la infracción de las citadas leyes:

5.º La jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencias de 15 de Febrero de 1884, 25 de Enero del mismo año, 6 de Febrero de 1863, 29 de igual mes de 1883, 9 de Abril de 1866, 19 de Junio de 1867 y 25 de Noviembre de 1886, en las cuales se declara que el contrato de arrendamientos de servicios ó industrial es el que obliga á prestar aquéllos á cambio de un precio convenido; pero el servicio debe ser lícito y cumplir el objeto del arrendamiento; y si la condición es imposible, ó inmoral, ó contraria á la naturaleza del mismo servicio, se considerará como no realizado el contrato, y no habrá acción para reclamar el precio; deduciéndose de ella que si realmente, como afirmaba el actor, convino con el demandado en dar un tinte inútil que debía ser un engaño, no tenía acción á reclamar el importe de dichos servicios; bajo cuyo concepto incurría en error de derecho la Sala sentenciadora no dando lugar á la reconvención relativa al importe de los perjuicios causados por el actor á Descals, así como también dando al contrato una interpretación de la que resultaba para aquél el exclusivo provecho y el perjuicio para Porxas; pues si bien era cierto que el precio estipulado fué bajo, en cambio se había visto Descals privado de sus géneros por el mal trabajo del arrendatario; y según la mencionada jurisprudencia, era indiscutible quedar obligado al resarcimiento de perjuicios el que falta al cumplimiento de un contrato, y tener incuestionable derecho á ser completamente indemnizado por el que le causó, aquél que sufre daño por culpa de otro sin razón legal; resultando de la

aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos, que probada por confesión de Porxas la existencia del contrato con Descals para el tinte de los efectos de la fábrica de éste por el precio estipulado, pero afirmando el primero se obligó sólo á dar dicho tinte barato y malo, debió probar semejante falsa afirmación, y al no hacerlo quedó justificado el contrato, presumiéndose fuese la obligación de Porxas dar tinte bastante bueno, que sirviera para el objeto del mismo contrato, no para inutilizar los géneros é imposibilitar la venta; y como hubiera dejado de apreciarlo así la Sala sentenciadora, incurría en error de derecho é infringía la ley, pues no podía fundarse una sentencia en meras presunciones, sino ajustarse la apreciación de la prueba á los preceptos legales;

Y 6.º La jurisprudencia, también de este Tribunal Supremo, establecida en sentencia de 21 de Enero de 1865 y otras, en las que se consigna «quedar en pie y con toda su eficacia, para determinar la apreciación de la prueba testifical, la regla universalmente reconocida de que los testigos, en número suficiente y con las circunstancias requeridas, justifican el hecho sobre que declaran, y que es preciso estar á su dicho, como á una verdad probada, siempre que no se les haya opuesto tacha en tiempo oportuno, debidamente justificado»; por cuanto la Sala sentenciadora desconocía y omitía apreciar la prueba de tres testigos que de una manera unánime habían declarado bajo juramento acreditando la identidad de los géneros tintados por Porxas, que fueron reconocidos por los peritos, resultando inservibles, como pertenecientes á los enviados por Descals para el tinte; y como quiera que bastan dos para constituir número suficiente, al omitir la Sala sentenciadora aquella prueba, única que en dicho sentido se había practicado y no combatida de contrario, incurrió en error de derecho infringiendo la citada jurisprudencia; toda vez que de estimar la identidad de los géneros examinados por los peritos con los tintados por Porxas, no podía prescindir de condenar á éste á la indemnización de daños y perjuicios, como se pretendió en la reconvención; habiendo también la misma Sala sentenciadora dejado de apreciar la eficacia de la prueba realizada con cuatro testigos, que de una manera unánime habían declarado bajo juramento «que D. Joaquín Porxas, en representación de su padre el demandante D. José, ofreció y contrató con D. Ramón Descals dar el azul sargil desde el año de 1883 por el precio convenido, y con la circunstancia especial de ser de mejor cualidad y más sólido que el dado por el anterior tintorero D. Eudaldo Artigas á mayor precio; todo lo cual ofreció en virtud de las muestras presentadas por Descals, y manifestando que podía hacerlo á más bajo precio que los demás, en virtud de un procedimiento especial que poseía»; y como el demandante reconoció tener su hijo la representación de la casa y facultades bastantes para celebrar dicho contrato, y por otra parte los peritos declararon en su dictamen «que realmente existen procedimientos en el arte de la tintorería que merced á ellos puede practicarse el mencionado azul sargil al precio de 3 sueldos libra convenido, pero que ellos ignoraban»; cuyos hechos venían á corroborar la certeza del contrato celebrado y la posibilidad de realizarle en las condiciones convenidas; ambas pruebas habían debido estimarse por reunir las condiciones determinadas en la mencionada sentencia de 21 de Enero de 1865, y otras que se citarían en el acto de la vista.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que D. José Porxas ha sostenido durante todo el litigio la pretensión de su demanda; que al consignar que estaba pagado de sus trabajos en los años de 1883 y 1884, no dijo que lo hubiera sido en estos mismos años, sino antes bien que se hacía con atraso, por lo cual los pagos de un año se destinaban al saldo del anterior, habiendo justificado que en Octubre de 1886 Descals se consideraba deudor suyo y no acreedor; y en

tal concepto, la sentencia recurrida no infringe los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil citados en el primer motivo, que no podían además dar lugar á un recurso en el fondo, ni tampoco las demás leyes y doctrinas que se alegan en los motivos 2.º y 3.º, puesto que la sentencia que condena á D. Ramón Descals al pago de la cantidad pedida en la demanda, es visto ser perfectamente congruente con ésta, estimando además suficientes las pruebas practicadas por el actor, y sin que se haya demostrado que en esta apreciación se comete error de hecho ó de derecho:

Considerando que la Sala sentenciadora parte del supuesto de que Don José Porxas dió á los géneros que Descals le entregaba para teñir el tinte correspondiente al ínfimo precio que por ello pagaba, y que Descals admitió los géneros teñidos sin protesta ni reclamación alguna, y siendo esto así no era posible que condenase en daños y perjuicios al que había cumplido su contrato, el cual no era de modo alguno ilícito ni inmoral por parte de Porxas, y en este supuesto la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrinas que se alegan en los motivos 4.º y 5.º, habiéndose en ella apreciado la prueba pericial y testifical con sujeción á las reglas de la sana crítica y en combinación con los demás elementos probatorios aducidos:

Considerando que la Sala declara igualmente no estar probados ni la identidad de las géneros que Descals hizo reconocer pericialmente, ni que Porxas dijera á aquél que tenía un nuevo procedimiento para hacer más barato que nadie el tinte azul; y que esta declaración la hace la Sala apreciando en uso de sus atribuciones la prueba testifical ofrecida en el pleito, no bastando á demostrar que haya habido error de hecho ó de derecho, en esta apreciación la alegación que se hace en el sexto motivo, pues aun en el supuesto de ser aplicable la doctrina que se cita, los testigos que han depuesto sobre los hechos no reunen las circunstancias á que la sentencia citada alude;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ramón Descals y Pujol, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese la certificación correspondiente á la Audiencia de Barcelona con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 16 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Febrero del mismo año.)

16

RECURSO DE CASACIÓN (16 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Celestino Fernández en autos con D. Ricardo del Pino (Audiencia de Pamplona), y se resuelve:

Que es inadmisible el recurso cuando, si bien se invoca como infringido el artículo 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, es evidente que se dirige contra la apreciación hecha de las pruebas por la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades, sin citarse ley relativa al valor y eficacia de dichas pruebas que pueda haber sido infringida, ni acto ó documento auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador, según se establece en el caso 7.º del artículo 1692 de la citada ley.

Resultando que seguido incidente en el Juzgado de primera instancia de San Sebastián y en la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona por D. Celestino Fernández y Matilla sobre que se le declarase pobre para litigar con D. Ricardo del Pino Docampo, por sentencia de la mencionada Sala, dictada en 6 de Octubre del año último, se confirmó la primera ins-

tancia denegatoria de dicha declaración á favor del D. Celestino Fernández:

Resultando que por parte de éste se ha interpuesto recurso de casación, alegando como fundamento del mismo haberse infringido el art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, que determina y puntualiza los casos en que es procedente la declaración de pobreza, pues á pesar de hallarse comprendido en ellos Fernández, toda vez que no se había probado viva de rentas ni del ejercicio de una industria por la cual pagara la contribución establecida en dicho artículo, ni que goce como salario permanente ó sueldo de cualquier procedencia el doble jornal de un bracero en la ciudad de San Sebastián, sino que vive de productos completamente eventuales, la sentencia recurrida le había denegado el beneficio de la defensa por pobre, fundándose precisamente en no hallarse comprendido en ninguno de los casos del citado artículo, habiéndose opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que aunque en el recurso se invoca como infringido el artículo 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, es evidente que se dirige contra la apreciación hecha de las pruebas por la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades, sin citarse ley relativa al valor y eficacia de dichas pruebas que pueda haber sido infringida, ni acto ó documento auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador, según se establece en el caso 7.º del art. 1692 de la citada ley, por lo cual no procede el presente recurso;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto á nombre de D. Celestino Fernández Motilla, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Pamplona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, publicándose este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 16 de Enero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 26 de Febrero del mismo año.)

17

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Impugnación de liquidación y adjudicación de herencia.*— Ha lugar al interpuesto por D. Miguel García en pleito con D. Juan Morales y otro (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que pactando en documento privado marido y mujer que al disolverse la sociedad conyugal por muerte de cualquiera de ellos, debía sacar cada uno las fincas que respectivamente habían aportado y detallaron y valoraron en dicho documento, tal como habían entrado en la sociedad, ó sea por su justiprecio, á no ser que se les hiciere mejora de alguna consideración y no les fuera precisa para su conservación, se infringen las leyes 114, tít. 18, Partida 3.ª, y 3.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuando sin justificar la causa del aumento ni la cantidad invertida para obtenerlo en los bienes de la mujer, ni la baja en los del marido, se adjudican á la mujer con el más valor, privándola de percibir la parte de los gananciales, y resultando además que la adjudicación á los herederos del marido es por precio menor, naciendo de ello la necesidad de efectuar el pago con otros bienes con perjuicio de la consorte y desconocimiento y contradicción de la voluntad de los cónyuges:

Que se falta á las leyes que garantizan el contrato de compra y reconocen como dueño al comprador, no estimando patrimonio del cónyuge superviviente los bienes adquiridos por actos anteriores al matrimonio:

Que no habiéndose fundado la partición en la voluntad de los cónyuges, no solo produce los perjuicios consiguientes, sino que es nula y debe ser for-

mada de nuevo, guardándose en ella lo prescrito en el mencionado documento y aplicando para el cumplimiento del mismo las disposiciones legales atinentes y relativas á la calificación de mejoras, si las hay, y su adjudicación, sin perjuicio del abono de la cantidad gastada para obtenerlas, guardando en todo las reglas de la equidad, especialmente al suplir las cosas consumidas y cuantas establece el derecho, sin olvidar lo relativo al lecho cotidiano, que corresponde á la viuda.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Enero de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Mancha Real y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por Doña María Nieves Torres y Navas, en un principio, y luego, mediante su defunción, por D. Miguel García Gámez, como marido de Doña Encarnación Castro Torres, hija ésta y heredera de la Doña María Nieves, propietarios, vecinos de Pegalajar, con D. Juan Morales Cuevas, comerciante, y D. Antonio Ruiz Herrera, éste igualmente como marido de Doña Francisca Morales Carrascosa, labradores, asimismo vecinos de Pegalajar, sobre impugnación de las operaciones para la liquidación y adjudicación de los bienes relictos al fallecimiento de D. Juan Morales; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por parte del D. Miguel García Gámez, y en su representación y defensa el Procurador D. Francisco Sánchez y Morayta y el Letrado D. Eugenio Montero Ríos, estando representada y defendida á su vez la parte recurrida por el Procurador D. Luis Lumbreras y el Licenciado D. Pedro Díaz Cassou:

Resultando que D. Juan Morales Cordero y Doña María Nieves Torres Navas contrajeron matrimonio, ésta en segundas nupcias y aquél en terceras, el 17 de Diciembre de 1866, y en documentos simples fechados en Pegalajar á 15 de Mayo de 1868, autorizados por tres testigos, hicieron declaraciones de lo respectivamente aportado por cada uno de ellos á dicho matrimonio, en ropas, muebles, granos y fincas, importando la aportación del marido, según el relativo al mismo, 159.744 reales 50 céntimos; esto es, 39.936 pesetas 12 y medio céntimos; y la de la mujer, conforme al referente á ella, 29.170 reales, ó sea 7.292 pesetas 50 céntimos, sumas que mutuamente reconocieron pertenecerles, y por lo tanto debía sacar cada uno de los expresados cónyuges al disolverse la sociedad conyugal por muerte de cualquiera de ellos, las fincas tal como habían entrado en dicha sociedad, ó sea por su justiprecio, á no ser que se les hiciere mejora de alguna consideración y no les fuera precisa para su conservación:

Resultando que de las enunciadas hijuelas aparece fueron las fincas aportadas al expresado matrimonio por el D. Juan Morales: un molino acitero con sus útiles; una hacienda en la Fuente Noguera; un olivar en la Vereda; unos poyos en el mismo sitio; un olivar en la Fuente del Peñón; un estacar en Pradillos y otro en el Barranco de Goro, que se valoraron respectivamente; el molino, en 12.500 pesetas; la hacienda en Fuente Noguera, en 2.000; el olivar en la Vereda, en 3.750; los poyos en el mismo sitio, en 1.350; el olivar en la Fuente del Peñón, en 1.000; el estacar en Pradillos, en 12.500; y el otro estacar en el Barranco de Goro, en 325; importantes de consiguiente en junto 33.425 pesetas; ó lo que es lo mismo, 133.700 reales; siendo las fincas aportadas por la Doña María Nieves Torres Navas: una casa en la calle Baja Fuente; un olivar al sitio Haza de los Lagartos; otro en el Cerrillo de las Vegas; otro en el Burrueco; y un plantío de olivas en la Nogueruela, que se apreciaron asimismo respectivamente: la casa, en 1.000 pesetas; el olivar al sitio Haza de los Lagartos, en 2.000; el del Cerrillo de las Vegas, en 375; el del Burrueco, en 125; y el plantío de olivas en la Nogueruela, en 750; formando un total de 4.250 pesetas, ó 17.000 reales:

Resultando que constante el mencionado matrimonio, se otorgó escritura en Pegalajar ante el Notario D. Juan María de Siles, en 16 de Febrero de 1869, por D. Martín Ruiz Herrera y D. Gaspar Cabanillas Chica, Regidores los dos, y el último con el carácter también de Síndico del Ayuntamiento de aquella villa, de una parte, y Doña María Nieves Torres Navas, asistida de su marido D. Juan Morales Cordero, de otra, consignando haber la Doña María Nieves roturado y reducido á cultivo, anteriormente á estar casada con el Morales, una suerte de tierra de labor, en sitio Cerrillo de las Mentiras, en la dehesa de Bercho, de aquel término, de cabida designada y amojonada por peritos prácticos, y convenida por las partes de tres fanegas de tercera clase, secano, del marco de 560 estadales, cuyos linderos se expresan, así como también haber adquirido la mencionada suerte de tierra, en unión con el resto de la predicha dehesa de Bercho, de que era parte, del caudal de Propios de la repetida villa por compra de que se hizo mérito; é instruído ante la Diputación provincial expediente, á solicitud de crecido número de vecinos de la propia villa, roturadores en terrenos de la citada dehesa de Bercho, acogiéndose á los beneficios de la ley desamortizadora de 6 de Mayo de 1855, se había aprobado aquel expediente y legitimado en su consecuencia las roturaciones, ordenándose al Municipio por el Gobernador civil la práctica del deslinde, amojonamiento y demás diligencias necesarias para conocer los límites y extensión de las roturaciones, á fin de que los interesados pudieran inscribir su título en el Registro de la propiedad y satisfacer el canon que se les señalara con arreglo á las prescripciones de la mencionada ley; y autorizados al efecto los Regidores otorgantes, siendo uno de los roturadores comprendidos en el expediente la Doña María Nieves Torres Navas, y estando conforme con la adquisición de la suerte de tierra antedicha, la daban y vendían á la Torres Navas á censo reservativo redimible, bajo el precio y condiciones que se detallan:

Resultando que en 18 de Marzo de 1884 otorgó D. Juan Morales Cordero disposición testamentaria, declarando estuvo casado en primeras nupcias con Catalina Carrascosa, de cuyo matrimonio le quedó una hija llamada Francisca; en segundas, con Doña Margarita Cuevas, quedándole de este matrimonio dos hijos, llamados Juan y Trinidad, fallecida la última; sin haber tenido descendencia de su tercer enlace con Doña María Nieves Torres, al que aportó cada cual lo que constaba en hijuelas, que formalizadas resultarían entre sus papeles, é instituyó por únicos herederos á sus dos citados hijos Francisco Morales Carrascosa y Juan Morales Cuevas, nombrando albacea testamentario, contador y partidor extrajudicial de sus bienes á D. Fernando María de Valenzuela y Cabanillas, á quien confirió cuantas facultades necesitara para el desempeño de su cometido:

Resultando que ocurrido en 16 de Abril de 1884 el fallecimiento de Morales Cordero, bajo la referida disposición testamentaria, entró el albacea Valenzuela en el desempeño de su cometido, incautándose de los bienes relictos y documentos correspondientes al difunto, entre los cuales se hallaron los relativos á las aportaciones á su último matrimonio, ya expresadas, y practicó el correspondiente inventario, valorándose por peritos los bienes en él comprendidos, entre los que figuran los que lo habían sido en las repetidamente dichas hijuelas, y apareciendo que los aportados por el D. Juan de Morales se valuaron en aquel inventario; el molino aceitero, en 11.730 pesetas; la hacienda en la Fuente Noguera, en 900; el olivar en la vereda, en 2.730; la heredad en el mismo sitio, distribuída en siete piezas ó poyatos, en 787; el olivar en la Fuente del Peñón, en 500; el estacar en Pradillos, en 8.812; y el otro estacar en el barranco de Goro, en 500, ó sea todas ellas en la suma de 25.959 pesetas, dándoles, de consiguiente, menor valor que en la hijuela de aportación matrimonial, en la que, según se

expresó, ascendía aquél á 33.425, existiendo, por tanto, 7.466 de diferencia:

Resultando que en el mismo inventario se valoraron las fincas aportadas por Doña María Nieves Torres Navas, á su matrimonio con el D. Juan Morales Cordero, en las respectivas cantidades: de 1.558 pesetas, la casa en la calle Baja Fuente; 1.490, el olivar al sitio de los Lagartos; 300, el otro olivar en el Cerrillo de las Vegas; 100, el de Burrueco; y 3.973, el plantío de olivas en la Nogueruela; importando, en su consecuencia, el valor de todas ellas, según dicho inventario, 7.421 pesetas; 3.171 más del que se las dió en la hijuela referente á la aportación de la Doña María Nieves:

Resultando que en la liquidación y partición de bienes practicadas por el testamentario D. Fernando María de Valenzuela en 20 de Septiembre de 1884, se hizo mérito entre los supuestos de ellas, de las hijuelas de aportaciones de bienes que ya quedan referidas; expresándose darles dicho albacea desde luego el valor que les corespondía, sin perjuicio de otras pruebas en contrario; y además, que si en algunos predios aparecían diferencias en los valores entre los antiguos y los modernos, era debido seguramente á los aumentos en el terreno ó á los trabajos extraordinarios que se habían hecho, y á los deterioros por no haberse remediado ó practicarse las reparaciones que se debiera; y se adjudicaron en parte de pago de sus haberes á la viuda y á los herederos del difunto, las fincas de la respectiva aportación de aquéllos por la valuacion dada á las mismas en el inventario; sin hacerse deducción á favor de la mencionada viuda del lecho cuotidiano, ni incluirse entre los bienes por ella aportados la tierra que adquirió por roturación en el sitio Cerrillo de las Mentiras, según la escritura que con anterioridad se ha mencionado:

Resultando que el repetido albacea Valenzuela acudió en 3 de Septiembre de 1885 al Juzgado de primera instancia de Mancha Real con las operaciones practicadas, exponiendo: que á pesar de ser todos los interesados mayores de edad y no precisar, por lo tanto, la aprobación judicial de las particiones, apelaba á aquel medio como el único práctico para que aquellos las prestaran su conformidad, ó impugnasen por no ser posible llegaran á entenderse; y suplicó se acordase lo procedente para la aprobación de la testamentaría con arreglo á la ley:

Resultando que puestas, á consecuencia de ello, de manifiesto las indicadas operaciones, Doña María Nieves Torres, después de obtener su entrega, formuló escrito con la solicitud de que se declararan nulos, de ningún valor ni efecto, el inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de bienes que había practicado el repetidamente aludido albacea Valenzuela, condenándole en las costas por su temeridad y mala fe; fundándose, además de otras alegaciones relativas, á la falta de personalidad del precitado albacea, ó defectos en el nombramiento de peritos y en la forma de las operaciones verificadas y á haberse omitido la deducción del lecho cotidiano á favor de la viuda: el haber sido valoradas en la liquidación, división y adjudicación del caudal, los bienes parafernales de la mujer en alza, como lo fueron en baja los del marido, perjudicando á aquélla, no sólo en estos bienes, sino en la deducción del ganancial, como también estaba perjudicado por la omisión de otros bienes, que igualmente aportó al matrimonio y los valores dados á los del marido que produjeron mejora de consideración; en adolecer de un vicio de nulidad la liquidación, porque no se obedeció el precepto del testador de que se respetase el contenido de las hijuelas con sus valores dados en la época de su aportación, ni el de la ley 17, tít. 11, Partida 4.ª, dando valoración distinta á los bienes parafernales de la viuda, cuyo dominio y administración no entregó al marido; y en que dichos distintos valores dados á los bienes parafernales, la diferencia de ello emanada, en la deducción del ganancial, la omisión de una finca de la propiedad de la viuda, no comprender en la hijuela

la mejora de consideración hecha en bienes del marido y el no deducirse del caudal el lecho cuotidiano, acusaban un perjuicio á la enunciada viuda que producía lesión enorme ó enormísima causa de rescisión de los contratos, conforme á las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 56, tít. 5.º, Partida 5.ª:

Resultando que convocados los interesados y el Contador partidor á la correspondiente Junta, señalándose el 10 de Noviembre del precitado año 1885, á fin de que tuviese lugar; de acuerdo de aquéllos se suspendió el acto para continuarlo el 14 de los mismos mes y año, volviendo luego á suspenderse, también á petición de las partes, hasta que se solicitara su continuación, terminándose en disconformidad de dichos interesados, el 7 de Enero de 1888; habiendo fallecido en el período transcurrido Doña María Nieves Torres, y comparecido por tal causa en los autos D. Miguel García Gámez, como marido de Doña Encarnación Castro Torres, hija de Doña María Nieves y de D. Antonio Castro, primer marido de aquélla:

Resultando que dado al procedimiento, en vista de la predicha no conformidad de los interesados, la correspondiente tramitación se dedujo por D. Miguel García Gámez, en la indicada representación de su esposa, escrito con la solicitud de que se tuviera por reproducida la oposición formulada en el presentado por Doña María Nieves, con las adiciones que en éste se hacían, y en su virtud, se accediera á lo pretendido en dicho escrito de la Doña María Nieves, con expresa condena de costas á D. Fernando Valenzuela, D. Antonio Ruiz Herrera, como marido de Doña Francisca Morales, y D. Juan Morales Cuevas:

Resultando que estos últimos, ó sea el D. Juan Morales y el D. Antonio Ruiz Herrera, á quienes se confirió traslado, impugnaron la oposición á las operaciones de testamentaría; pidiendo se aprobara el cuaderno particional, declarándole válido y auténtico, por estar hecho con arreglo á derecho y á la disposición testamentaria, y se condenara en todas las costas á la parte demandante y con indicación de antecedentes, así como de haberse omitido involuntariamente adjudicar á la viuda el lecho cuotidiano, dándole de baja del cúmulo general de bienes, defecto que podría subsanar el Juzgado, expusieron: que aparte de dicha omisión, las operaciones se habían verificado con arreglo á la disposicion testamentaria y al derecho ó reglas vigentes sobre la materia; que por el albacea contador partidor Valenzuela, se dió cumplimiento y respetó el contenido de las hijuelas formadas al contraer matrimonio el testador con Doña María Nieves Torres, no pudiendo prevalecer la alegación de la parte contraria, respecto á que la Doña María se reservó la administración de los bienes parafernales aportados, por cuanto al entregar éstos á su marido señaladamente y con intención de que los poseyera y administrara como querían las leyes 17 y 25, tít. 11, Partida 4.ª, tomaron la naturaleza de las dotales y estaban dentro de la prescripción de la ley 18 del propio título y Partida; y que por las razones expuestas, y teniéndose *(sic)* además en duda la veracidad de haberse omitido en la deducción de los bienes aportados por la viuda la finca que se decía, no existió lesión enorme para ningún interesado; ni había, por tanto, la causa de rescisión requerida en la ley 56, tít. 5.º, Partida 5.ª:

Resultando que tenidos por renunciados los traslados de réplica y dúplica, se recibieron los autos á prueba, la que practicó cada una de las partes, según estimó convenir á su derecho, absolviendo posiciones en la de D. Juan Morales y D. Antonio Ruiz, como marido de Doña Francisca Morales; D. Miguel García Gámez y su esposa Doña Encarnación Castro y Torres, quienes declararon, contestando á una de aquéllas: el primero, ser cierto que en atención á haber sido novio de la Doña Encarnación, después su esposa, y frecuentar, por tanto, la casa de D. Juan Morales Cordero, y antes como vecino de Pegalajar, había podido enterarse de que aquél ad-

ministraba tanto las fincas suyas como las pertenecientes á su mujer Doña María Nieves Torres, pagando los jornales á los trabajadores que prestaban servicios en unas y otras, y elaborando y recolectando conjuntamente los productos de ellas; y la segunda, ser igualmente cierto que en vida de su padre político el D. Juan Morales Cordero, había presenciado todos los actos de administración que aquél tenía en los bienes, tanto de los que á él correspondían como de los pertenecientes á su esposa y madre de la declarante Doña María Nieves Torres, buscando y pagando á los trabajadores, y el producto de unas y otras fincas se sacaba y elaboraba conjuntamente sin que en ninguna época lo hicieran por separado:

Resultando que seguida la tramitación del juicio, y traído á los autos para mejor proveer testimonio de la anteriormente referida escritura de venta á Doña María Nieves Torres del terreno en el Cerro de las Mentiras, dictó el Juzgado en 3 de Diciembre de 1888 sentencia que fué apelada por parte de D. Miguel García Gámez, y confirmó con las costas de la segunda instancia la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada en 8 de Octubre de 1889, aprobando como válidas y auténticas las operaciones divisorias practicadas por D. Fernando María de Valenzuela Cabanillas de los bienes relictos por óbito de D. Juan Morales Cordero, con la rectificación de deducir de la adjudicación de los herederos D. Juan Morales Cuevas y Doña Francisca Morales Carrascosa la cantidad de 250 pesetas, que faltan á la viuda Doña María Nieves Torres Navas para completar su haber, en estimación del lecho nupcial que debió ser baja de los gananciales; y mandando, por consecuencia de esta declaración, que se protocolizasen, con reintegro del papel sellado correspondiente, en el Registro del Notario de la villa de Pegalajar, D. Juan María de Siles, entregándose á los interesados á su tiempo, testimonio del haber y adjudicación respectivas:

Resultando que con el correspondiente depósito ha interpuesto D. Miguel García Gámez, en su expresado concepto de marido de Doña Encarnación Castro Torres, recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando haberse infringido:

1.º La ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, por error de hecho y de derecho cometido en la sentencia, al estimar, según se expone en su considerando séptimo, para fundar su parte dispositiva, mejora en los bienes de la mujer por variación de cultivo, que consta no tuvo lugar; siendo así que en los documentos privados, admitidos por ambas partes como ciertos, y por tales reconocidos en aquélla, otorgados por los cónyuges al casarse y en el inventario formado por el albacea Valenzuela constaban respectivamente todos y cada uno de los bienes inmuebles aportados al matrimonio, y existir todos, así los de la mujer como los del marido, al disolverse la sociedad conyugal, dedicados al mismo género de cultivo, sin haberse hecho en ellos mejora alguna útil, ni mucho menos voluntaria, constando también, á mayor abundamiento, como hecho probado y tenido como tal en el resultando noveno de dicha sentencia que no se acreditó en el pleito la existencia de ninguna mejora de abono en los bienes de la mujer, y sí tan sólo que valían más al morir el marido, según el justiprecio que de ellos hicieron los peritos:

2.º La ley 3.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que viene á ser la 3.ª, tít. 3.º, libro 3.º del Fuero Real, en que se dispone que el marido, la mujer y sus respectivos herederos hagan siempre las cosas cuyas antes eran; puesto que en la operación particional aprobada en la sentencia no se adjudica á la mujer como propios sino una parte de los bienes que también en la sentencia se tiene como cierto había aportado al matrimonio, ó lo que es lo mismo, se la priva de una parte de esos bienes:

3.º La ley 118, tít. 18, Partida 3.ª, por error de derecho al apreciar

como hecho cierto lo que consta no lo era por la escritura de 16 de Febrero de 1869, según la cual, la finca del Cerro de las Mentiras la aportó la mujer al matrimonio, puesto que antes de contraerlo lo había adquirido con arreglo á la ley Desamortizadora de 6 de Mayo de 1855, por haberlo roturado y reducido á cultivo; y sin embargo, en la operación particional que la sentencia aprueba, se considera como ganancial esta finca; infringiéndose también el art. 1.º de la mencionada ley de 5 de Mayo del 55, al no reputar de la propiedad exclusiva de la mujer la finca que ella exclusivamente había roturado antes de casarse con Morales Cordero, y de la que el Ayuntamiento le expidió después el mencionado título, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 6.º de la propia ley, y se infringió en su consecuencia la antes citada 3.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, por no tener como propia de la mujer aquella finca, y no devolvérsela en la operación particional:

4.º La doctrina legal, fundada en las leyes 3.ª y 9.ª, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero Real, según la que, es ganancial el importe de las mejoras hechas, constante matrimonio, en los bienes aportados por cualquiera de los cónyuges; pero continúan siendo los bienes mejorados de la propiedad exclusiva del que los aportó; pues aunque se hubiesen hecho realmente, como *(sic)* se hicieron mejoras en los bienes de la mujer, no por esto dejarán de ser de ella los bienes mejorados y todos los demás que hubiese aportado al matrimonio, sin perjuicio de que tuviera que abonar como gananciales á la sociedad conyugal el importe de dichas mejoras; regla á que se faltaba en la operación aprobada en la sentencia, puesto que se le imputaban en pago como caudal propio esas supuestas mejoras, y, por la inversa, se adjudicaba á la sociedad algunas de las fincas que aquélla había aportado:

Y 5.º El conocido principio de derecho, de que las cosas perecen ó aumentan para su dueño, y que deben sentir el embargo de la cosa el que há el pro de ella, regla 29, tít. 34, Partida 7.ª, por ser indudable que el demérito de los bienes de D. Juan Morales, en el caso de existir, á él solo correspondería sufrirlo, y de ningún modo á su esposa, ni directamente pagando aquel demérito con sus bienes propios, ni indirectamente indemnizando dicho demérito con bienes gananciales, y de consiguiente la pérdida de valor que pudieran tener los bienes aportados por el D. Juan á su matrimonio con Doña María Nieves Torres, y que el albacea Valenzuela aprecia en 7.603 pesetas, sólo correspondería sufrirla al repetido Morales, como en beneficio del mismo serían los aumentos de dichos bienes, contrariándose en otro caso aquellos apotegmas jurídicos que el Tribunal sentenciador ha infringido al aprobar en el particular las operaciones divisorias practicadas por Valenzuela.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que infringe la sentencia las leyes 114, tít. 18, Partida 3.ª, y la 3.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, citadas en los motivos 1.º y 2.º, y demás; porque la Sala, al aprobar la partición de bienes practicada por D. Fernando María Valenzuela, albacea y contador nombrado por D. Juan Morales, marido que fué de Doña María Nieves de Torres, no ajusta su fallo á la voluntad de los consortes consignada en los documentos privados y no impugnados, otorgados en 15 de Mayo de 1868, en los cuales se determinan y valoran los muebles é inmuebles aportados al matrimonio, expresándose que los mismos habían de recibirlos al disolverse la sociedad legal, á no ser que existiera mejora de alguna consideración y no les fuera preciso para su conservación:

Considerando que la infracción se demuestra á la simple lectura de la partición, comparando el valor de los bienes fijado por los cónyuges con el estimado en el inventario y adjudicación; puesto que sin justificar la

causa del aumento, ni la cantidad invertida para obtenerlo en los bienes de la mujer, ni la baja en los del marido, se adjudican á la primera con el más valor, privándola de percibir la parte de los gananciales; resultando además que la adjudicación á los herederos del marido, es por precio menor, naciendo de ello la necesidad de efectuar el pago con otros bienes, con perjuicio de la consorte, desconociendo y contrariando la voluntad de los cónyuges, clara y expresamente manifestada con los documentos ya mencionados:

Considerando que no es menos significativo que el terreno Cerrillo llamado de las Mentiras, adquirido por actos anteriores al matrimonio, practicados por la Doña María Nieves Torres, como lo demuestra la escritura de adquisición otorgada en 16 de Febrero de 1869, no se haya estimado patrimonio de la viuda, perjudicándola al no dar á la finca la calificación de patrimonial, faltando con ello á las leyes que garantizan el contrato de compra y reconocen como dueño al comprador:

Y considerando que no habiéndose fundado la partición en la voluntad de los cónyuges, no sólo produce los perjuicios consiguientes, sino que es nula y debe ser formada de nuevo, guardándose en ella lo prescrito en los documentos privados en un principio citados, y aplicando para el cumplimiento de los mismos las disposiciones legales, atinentes y relativas á la calificación de mejoras, si las hay, y su adjudicación, sin perjuicio del abono de la cantidad gastada para obtenerlas, guardando en todo las reglas de la equidad, especialmente al suplir las cosas consumidas y cuantas establece el derecho, sin olvidar lo relativo al lecho cuotidiano que corresponde á la viuda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Miguel García Gámez, como marido de Doña Encarnación Castro y Torres, contra la sentencia que la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada pronunció en 8 de Octubre de 1869; y en su consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia, y devuélvase al recurrente el depósito constituído.—(Sentencia publicada el 17 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Marzo del mismo año.)

18

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Liberación de hipoteca.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Joaquina Ferrer en pleito con D. Francisco Casas (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la subsistencia contra terceros de todos los derechos reales suscritos, y en especial la de las hipotecas, se rige exclusivamente por las disposiciones de la ley Hipotecaria:

Que el art. 134 de la ley Hipotecaria declara prescrita la acción por el simple transcurso de veinte años, contados desde que pudo ejercitarse según el título inscrito.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de la ciudad de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Francisco Casas y Tomás, comerciante, vecino de dicha ciudad, con D. Ramón Comas y Hugas, y por su fallecimiento su viuda Doña Joaquina Ferrer Esteve, vecina de Torroella de Montgrí, por sí y en representación del hijo de ambos el menor D. Joaquín Comas y Ferrer, sobre liberación de una hipoteca, pendiente ante Nos en virtud de recurso

de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandados, y en su defensa y representación por el Letrado D. Rosendo Macaya y el Procurador D. Luis de Figuerola, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que por escritura pública otorgada en Barcelona en 10 de Enero de 1867 é inscrita en el Registro de la propiedad en 2 de Marzo siguiente, D. Ramón Comas y Hugas dió en préstamo á D. Torcuato de Grau y de Carreras 800 escudos, hipotecando en su garantía la séptima parte de la casa núm. 30 de la calle de Barca de aquella ciudad, que le pertenecía, y comprometiéndose á devolverle dicha suma en el término de un mes; cuya séptima parte de casa fué adquirida por título de compra, primero por Doña Rosa Mestres y después por D. Francisco Casas y Tomás:

Resultando que fundado este último en que desde la fecha del vencimiento del indicado préstamo, ó sea desde 10 de Febrero de 1867, habían transcurrido veinte años y cinco meses, sin que por el prestamista D. Ramón Comas se hubiera hecho reclamación alguna, dedujo en 16 de Julio de 1887 la demanda de este pleito, ejercitando la acción de prescripción para que se condenara al D. Ramón Comas á otorgar escritura de cancelación de la hipoteca constituída por la escritura referida sobre la séptima parte de la susodicha casa núm. 30 de la calle de Barca:

Resultando que citado y emplazado el demandado por medio de edictos, por razón de ignorarse su paradero, se sustanció juicio en su rebeldía y dictó sentencia el Juzgado, de conformidad con lo pretendido en la demanda; y publicada esta sentencia para su notificación al demandado en el *Boletín oficial* de la provincia y en el *Diario de Avisos*, compareció en los autos Doña Joaquina Ferrer por sí y en representación de su hijo menor D. Joaquín Comas y Ferrer, acreditando el fallecimiento de su marido D. Ramón Comas, ocurrido en 29 de Marzo de 1868, y presentando con otros documentos la partida de bautismo de su citado hijo Joaquín, que nació el 5 de Enero de 1867:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia del territorio, por virtud de apelación que dedujo la Doña Joaquina Ferrer, por sí y en nombre de su hijo, se sustanció la alzada con arreglo á derecho, recibiéndose á prueba á instancia de la apelante, que limitó la suya á la testifical con el fin de demostrar que D. Ramón Comas había fallecido intestato sin otro heredero que su único hijo D. Joaquín; y en 11 de Junio de 1889 dictó la Sala segunda de lo civil sentencia confirmatoria, con las costas, condenando á D. Ramón Comas y Húgas, hoy su viuda é hijo Doña Joaquina Ferrer y Esteve y D. Joaquín Comas y Ferrer, á otorgar escritura pública de liberación de la hipoteca que por 2.000 pesetas le otorgó Don Torcuato de Grau en 10 de Febrero de 1867 sobre la séptima parte de la casa núm. 30 de la calle de Barca, propiedad hoy del demandante D. Francisco Casas y Tomás:

Resultando que Doña Joaquina Ferrer, por sí y en representación de su hijo menor D. Joaquín Comas y Ferrer, interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en los siguientes motivos:

1.º En la infracción del art. 134 de la ley Hipotecaria vigente; de las leyes 3.ª y 7.ª, párrafo primero, Cód. de prescrip. XXX anua, 1.ª y 2.ª Cód. de anual, excep. de la Novela 22, cap. 24, y de la sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1867, toda vez que habiendo nacido el derecho de ejercitar la acción hipotecaria por virtud de la escritura de 10 de Enero de 1867, en 10 de Febrero siguiente, habiendo fallecido el prestamista D. Ramón Comas en 29 de Marzo de 1868, pasando sus bienes á su hijo el recurrente D. Joaquín, y habiendo nacido éste en 28 de Diciembre de 1866, resulta que al fallecer su padre contaba poco más de un año, y por lo tanto, que desde aquel momento quedó interrumpido, en

virtud de lo dispuesto en las leyes citadas, el tiempo de la prescripción de la acción hipotecaria que no había llegado á ejercitar su padre, del cual sólo había transcurrido un año, un mes y diecinueve días; y además que aun admitiendo que tal interrupción cesara al cumplir el menor D. Joaquín los catorce años, como esto no se efectuó hasta 28 de Diciembre de 1880, resulta que sumando el tiempo de prescripción transcurrido en vida de D. Ramón al corrido desde que el menor D. Joaquín entró en la pubertad, no llega todavía á doce años, siendo evidente que la ley Hipotecaria, al señalar el término de veinte años para la prescripción de la acción hipotecaria, lo hace en armonía con las reglas ordinarias del derecho civil; y prescribiendo las del derecho romano, vigente en Cataluña, que se dejan citadas, que se interrumpa el transcurso del tiempo de la prescripción durante la impubertad del que debe ejercitar la acción, es evidente que ni siquiera han transcurrido doce años de los veinte que serían necesarios para que quedara extinguida la acción hipotecaria que corresponde al recurrente D. Joaquín contra la parte de casa dada en garantía por la escritura de préstamo de 10 de Enero de 1867:

Y 2.° En que al declarar la Sala sentenciadora prescrita la acción hipotecaria, á pesar de que de las respectivas fechas de la escritura hipotecaria, de la partida de defunción de D. Ramón Comas y de la de nacimiento del menor recurrente, obrantes en autos, resulta que no han transcurrido los 20 años, incurre en el error de hecho señalado como motivo de casación en el núm. 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la subsistencia contra terceros de todos los derechos reales suscritos, y en especial la de las hipotecas, se rige exclusivamente por las disposiciones de la ley Hipotecaria, y, por lo tanto, que no son aplicables las leyes romanas invocadas en el primer motivo del recurso, en el concepto no del todo exacto, de regular en la legislación antigua la interrupción de la prescripción de acciones durante la menor edad de los derechohabientes, y que la Sala sentenciadora decide justamente el pleito por el art. 134 de la ley primeramente mencionada, que declara prescrita la acción por el simple transcurso de 20 años, contados desde que pudo ejercitarse según el título inscrito:

Considerando que la escritura hipotecaria, que es el título inscrito y único que debe tomarse en cuenta para principiar el tiempo de la prescripción, demuestra que desde 10 de Febrero de 1867 pudo ejercitarse la acción hipotecaria, y, por lo tanto, que cuando se entabló la demanda pidiendo su caducidad habían transcurrido los 20 años;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Joaquina Ferrer y Esteve, por sí y en representación de su hijo menor D. Joaquín Comas y Ferrer, á quien condenamos en las costas, y á la pérdida de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, si viniese á mejor fortuna, que se distribuirá entonces con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución de los autos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

19

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Reivindicación de la mitad reservable de un vínculo.*—No ha lugar al interpuesto por D. Juan Rodríguez en pleito con Doña María Josefa González (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que no se infringe la voluntad del fundador estimando regular un vínculo, si en el orden de sucesión que aquél estableció llamando á los hijos y nietos no excluye á las hembras:

Que los considerandos de las sentencias no son materia de casación.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Avilés y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Juan Rodríguez y González, propietario y vecino de la villa de Luanco, con Doña María Josefa González Llanos propietaria y de la misma vecindad, y por su fallecimiento con sus nietos y herederos D. Victoriano y D. Claudio Alvargonzález y Suárez Zarraima, propietario y vecino de Gijón el primero, y el segundo Oficial de Marina en activo servicio, y los menores Doña María de las Mercedes, D. León, D. Alfonso y Doña Manuela Alvargonzález y Suárez Zarraima, representados por su curador adbona D. Claudio Alvargonzález Sánchez, propietario y vecino de Gijón, sobre reivindicación de la mitad reservable de un vínculo, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Antonio Maura y el Procurador D. Julián Fernández García, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Manuel Pedregal y Cañedo y el Procurador D. Celestino Armiñán:

Resultando que Ruy González de la Pola, el viejo, Alférez del Concejo de Gozón, otorgó testamento en Oviedo en 5 de Agosto de 1574, en el que, aparte de otras varias disposiciones, declaró: que era su voluntad, que en la tercia de los bienes que dejaba señalados, fueran mejorados «Rodrigo González de la Pola, Escribano, y Alvaro Peláez de la Pola, Regidor y Escribano de Gozón y de Aviles, é Rodrigo González de la Pola el menor, mis hijos, á los cuales mando el dicho tercio de los dichos mis bienes para que los hayan y hereden de mejoría y ventaja de los otros mis hijos y herederos de más y allende de sus legítimas, y los hayan por iguales partes, tanto el uno como el otro, con tal pacto y condición y gravamen, que si el uno muriese sin heredero legítimo lo haya el otro, y ansí de uno en otro sucesivamente, é para que sean pagados del dicho tercio de bienes y mejora sobredicha, se le señalo é mando que la hayan y sean pagados della en las piezas y bienes siguientes»; añadiendo, después de señalar estos y los más bienes y mejor parado de ellos, «como pareciere á mis testamentarios que más convenga para con los dichos bienes sobredichos, con que los dichos bienes no se puedan vender, trocar, cambiar, ni en ninguna manera enajenar, ni por vía de dote, ni donación, ni otro contrato oneroso ni enorativo, sino que siempre anden en los dichos mis hijos y en el hijo é nieto mayor que de ellos quedare, uno en pos de otro sucesivamente, é muriendo el uno quede el otro, y del otro el otro, y si lo que Dios no quiera todos fallecieren sin quedar heredero, suceda en los dichos mis bienes el pariente más propincuo, el cual los lleve é goce con los dichos vínculos y gravámenes sobredichos, y quiero y es mi voluntad, por virtud de la ley de Toro, que los dichos bienes sean vinculados, impartibles é indivisibles digo lo que á cada uno cupiere por razón del dicho tercio», habiendo dispuesto además en este testamento: que el remanente del quinto de sus bienes, así muebles como raíces, lo dejaba á Juan de la Pola, su hijo, para que los llevara y fueran suyos allende de su legítima, señalando los bienes con que había de formarse dicho quinto, y diciendo por último: «los cuales dichos bienes de resto ó remanesciente de quinto, mando que haya el dicho Juan de la Pola con tal cargo y condición que no les pueda vender ni enajenar y que suceda en ellos, su hijo é nieto mayor y ansí sucesive de mayor en mayor varón y á falta de varón en hembra, prefiriendo siempre el mayor al menor», é instituyendo por último herederos en el remanente

de sus bienes á sus hijos é hijas, cuyos nombres citó en número de ocho los varones y de siete las hembras:

Resultando que D. Rodrigo Benito Tomás Valdés, poseedor que fué de un mayorazgo, falleció en 1793, dejando de su matrimonio con Doña María Fernández Loredo cinco hijos llamados Doña María Josefa, Doña Ramona, D. Rodrigo, Doña María y Doña Teresa, todos los cuales fueron solteros, excepción hecha de la mayor Doña María Josefa que contrajo matrimonio con D. Juan González Llanos, procreando dos hijas llamadas Doña María Josefa y Doña Atanasia González Llanos, siendo hijo legítimo de esta última el demandante en este pleito D. Juan Rodríguez y González, y nietos de la primera Doña María Josefa, procreados por su única hija Doña Bonifacia Suárez Zarraima y González Llanos, que estuvo casada con D. Romualdo Alvargonzález, los recurridos D. Victoriano Alvargonzález y Suárez Zarraima y sus cinco hermanos:

Resultando que el D. Rodrigo Valdés Alás poseyó el mayorazgo que había disfrutado su padre D. Rodrigo Benito hasta su fallecimiento, ocurrido en 20 de Abril de 1866, en cuya fecha había ya fallecido su hermana mayor Doña María Josefa, madre como se ha dicho de Doña María Josefa y Doña Atanasia González Llanos, viviendo ya entonces el nieto mayor de la Doña María Josefa, D. Victoriano Alvargonzález, nacido en 6 de Febrero de 1856:

Resultando que las susodichas hermanas Doña María Josefa y Doña Atanasia González Llanos acudieron en 18 de Septiembre de 1874, al Juzgado de primera instancia de Avilés, pidiendo que previa la publicación de los edictos correspondientes y demás trámites legales, se las declarase herederas abintestato por iguales partes de su madre Doña María Josefa Valdés, y de sus tíos Doña María, Doña Teresa y D. Rodrigo Valdés, y además, á la mayor de ellas Doña María Josefa, legítima sucesora en la mitad reservable del vínculo regular que había poseído el D. Rodrigo, toda vez que dicha mitad había pasado, por Ministerio de la ley, al fallecer D. Rodrigo, al inmediato sucesor, que por falta de varón lo hubiera sido la madre de los alegantes, de no haber premuerto, á su hermano D. Rodrigo, y por su falta su hija mayor la Doña María Josefa González Llanos, y en tal sentido dictó auto el Juez de Avilés en 25 de Febrero de 1875, y en escritura pública de 21 de Agosto de 1876 llevaron á cabo dichas hermanas González Llanos la partición de los bienes de dichas herencias, adjudicándose á la Doña María Josefa en su hijuela el valor de la mitad reservable de los bienes vinculados:

Resultando que en 4 de Octubre de 1887 dedujo D. Juan Rodríguez y González en el mismo Juzgado de Avilés la demanda de este pleito, ejercitando en ella la acción real reivindicatoria contra su madre Doña Atanasia y su tía Doña María Josefa González Llanos, y solicitando se declaclarase en definitiva nula y sin valor ni efecto alguno la escritura de partición otorgada por ambas en 21 de Agosto de 1876, respecto á la mitad de los bienes que constituyeron el mayorazgo del tercio fundado en 1574 por Ruy González de la Pola, cuyo último poseedor había sido D. Rodrigo Valdés Alás, declarando también que pertenecía al demandante la mitad reservable de las fincas vinculadas, como inmediato sucesor, mandando cancelar en el Registro de la propiedad las inscripciones de las hijuelas formadas á las demandadas, por lo que á las fincas del mayorazgo afectaban; y condenando, por último, á dichas demandadas á restituirle la referida mitad reservable, con los frutos ó rentas producidos desde el fallecimiento del último poseedor D. Rodrigo; y en su apoyo alegó, después de hacer relación del testamento referido al principio, de Ruy González de la Pola, que los bienes objeto de la primera vinculación, fundada en tercia parte de los de dicho testador, á que se refería esta demanda, eran los que pasa-

ban á enumerar en este segundo punto de hecho de la demanda, llevando tres cuartas partes de las fincas descritas Doña María Josefa, y la otra parte Doña Atanasia; que vinieron poseyendo estos bienes en concepto de mayorazgados, descendientes varones del fundador hasta D. Rodrigo Benito Tomás Valdés, su bisabuelo, que falleció en Abril de 1793, dejando los cinco hijos mencionados al principio, y sucediéndole en el mayorazgo su único hijo varón D. Rodrigo, que falleció en Abril de 1866; que siempre el mayorazgo, establecido sobre el tercio en 1574, había sido poseído por varones descendientes del fundador, ya por línea de varón ó ya de hembra, por cuya razón, existiendo el demandante al fallecimiento del último poseedor, no correspondían á su tía la demandada Doña María Josefa González Llanos, los que quedaban deslindados como vinculares del tercio, por existir descendiente varón por la línea del fundador, acreditándose la calidad de vinculares que tenían dichos bienes, y su procedencia del D. Rodrigo, con las hijuelas formadas á las dos demandadas; que no ofrecía duda alguna el carácter de masculinidad del mayorazgo, porque, además de que siempre se había reconocido y practicado entre los sucesores del fundador, existían las mismas cláusulas fundacionales, y, sobre todo, la de que los bienes del vínculo habían de andar siempre en el hijo ó nieto mayor que de los hijos del fundador quedasen, corroborando además este concepto la voluntad del mismo fundador al constituir otro vínculo sobre el quinto de sus bienes, estableciendo que en él suceda hembra á falta de varón, sin que pudiera ser aplicable al mayorazgo de que se trataba la Real Pragmática de Felipe III de 15 de Abril de 1615, por ser muy posterior á la constitución de aquél; que al abrirse la última sucesión, por muerte de D. Rodrigo Valdés, precisaba acudir, por no haber dejado descendencia, á la directa de su causante D. Rodrigo Benito Tomás, y no podía ser la llamada á la sucesión del vínculo su nieta la demandada Doña María Josefa, sino su biznieto el demandante, como único descendiente varón á quien pertenecía por tanto la mitad reservable; que era evidente la nulidad de la escritura de partición de 21 de Agosto de 1876, no sólo por razón de haberse considerado en ella á Doña María Josefa como inmediata sucesora del último poseedor D. Rodrigo, contra lo dispuesto en la fundación, sino también porque, siendo el demandante el único y verdadero inmediato sucesor, no podía hacerse válidamente la división y adjudicación de bienes sin su intervención; y que la prescripción que en su favor había invocado Doña María Josefa en el acto de conciliación, era improcedente, entre otras razones que expresaba, por la cualidad de vinculares que tenían los bienes que reivindicaba, cuya posesión natural había pasado al demandante por Ministerio de la ley desde el momento en que falleció el último poseedor, según sentencia de este Tribunal Supremo de 2 de Abril de 1876:

Resultando que Doña Atanasia González Llanos se allanó á la demanda, y su hermana Doña María Josefa la impugnó, pidiendo se la absolviera de ella con imposición de costas al demandante, diciendo en su apoyo respecto á los hechos: que cuanto se había afirmado en los dos primeros de la demanda, sobre la fundación de un mayorazgo, nada tenía que ver con el vínculo cuya mitad reservable se adjudicó en la partición cuya nulidad se pretendía, ni menos con las fincas que en ésta se le adjudicaron; que admitiendo la exactitud del testimonio del testamento de 5 de Agosto de 1574, presentado con la demanda, se tendría un mayorazgo ó vínculo regular, pero nunca irregular ó de masculinidad; y en el supuesto de que pudiera ser calificado como de esta última clase, tampoco correspondería al demandante, sino al nieto de la demandada, D. Victoriano Alvargonzález, que vivía al fallecer el último poseedor, en virtud del derecho de representación y por no haber dentro de su línea otro de mejor grado, ni

mayor en edad, pues al demandante estaba en línea más remota, que el mayorazgo adquirido por D. Rodrigo Valdés no comprendía todos los bienes que se expresaban en la demanda, ni menos tenía nada que ver aquél con el vínculo que el actor suponía fundado por Ruy González de la Pola; que hacía más de veinte años que venía en quieta y pacífica posesión de los bienes comprendidos en la hijuela que se le formó en la escritura de partición de 1876; y que el mayorazgo ó vínculo que disfrutó D. Rodrigo Valdés siempre fué tenido y considerado como regular, según era público y notorio, estableciendo en los demás hechos los expuestos en los antecedentes; y alegando en los fundamentos de derecho que, en la hipótesis de que la mitad reservable, adjudicada á la demandada, procediera el vínculo que se suponía fundado por Ruy González de la Pola, no había la menor razón para clasificarlo como irregular, pues en el testamento de aquél se llamaba expresamente á falta de varones á las hembras, diciendo: «que lleven ellos y sus hijos y nietos y descendientes sucesivamente uno en pos de otro», y no podía estimarse que la intención del testador hubiera sido excluir á las hembras de la primera fundación, ni era lícito pretender deducir tal distinción no habiéndola consignado el testador; que para que las hembras sean excluídas en la sucesión de un mayorazgo exige la ley 8.ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, que el fundador las haya excluído expresa y literalmente, sin que basten presunciones para negar á las hembras la preferencia que por su mejor línea y grado les correspondia; que este Tribunal Supremo tiene declarado que todo vínculo ó mayorazgo se supone regular mientras no se pruebe lo contrario; que el derecho de representación tiene lugar en la sucesión vincular, lo mismo en la línea recta que en la transversal; que entre dos hembras de una línea se prefiere la de mayor edad ó los que de ella procedan; y que en la sucesión de mayorazgo las hembras de mejor grado son preferidas á los varones de grado más remoto, á no estar aquéllas excluídas en la fundación, literal y expresamente; que también tenía declarado el Tribunal Supremo que para que prospere una demanda vincular es preciso que el actor justifique su parentesco y entronque con el fundador; que por virtud de las leyes desvinculadoras quedaron libres los bienes vinculados, y desde entonces pudo tener lugar la prescripción ordinaria á favor del poseedor con buena fe y justo título; y que, por último, no podía ser más patente la excepción de falta de personalidad, que también alegaba, puesto que ni el demandante acreditaba el carácter de inmediato sucesor al vínculo, ni la demandada era poseedora de todos los bienes á que se refería la demanda:

Resultando que en el escrito de réplica añadió el actor á los hechos expuestos en su demanda: que desde 1866 en que falleció D. Rodrigo Valdés Alás poseyó los bienes del vínculo fundado en 1574 su hermana Doña Ramona hasta su muerte acaecida en 1874, y seguido el traslado de dúplica con la demandada, se acreditó en autos su fallecimiento, personándose sus nietos y herederos D. Victoriano Alvargonzález y Suárez Zarraima y sus cinco hermanos, evacuaron dicho traslado insistiendo en las alegaciones hechas en el escrito de contestación, y solicitando por virtud de ellas se estimasen las excepciones de falta de personalidad en el demandante y en la demandada, absolviéndoles de todos modos de la demanda por no ser dicho demandante el llamado á suceder en la mitad reservable del vínculo que poseyó D. Rodrigo Valdés, pidiendo además que en todo caso, y en la hipótesis de ser el demandante el llamado á la sucesión de dicha mitad vincular, no se accediese á la demanda por no haber solicitado el actor la declaración que se dejase sin ningún valor ni efecto el auto firme de 25 de Febrero de 1875, que declaró á Doña María Josefa legítima sucesora en el vínculo poseído por D. Rodrigo; y que si nada de esto se encontraba procedente, se estimara la excepción de prescripción

alegada, y en último término la de plus petición con relación al dominio útil de alguna de las fincas comprendidas en la demanda; que según la escritura que acompañaron á este escrito, resultaban dadas en foro por Don Rodrigo Benito Tomás Valdés; y recibido el pleito á prueba, se cotejó con su original á instancia del demandante el testimonio del testamento de Ruy González de la Pola que tenía presentado, así como las hijuelas formadas á las hermanas González Llanos en la escritura de partición susodicha, practicándose por ambas partes prueba testifical:

Resultando que en 2 de Enero de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo sentencia revocatoria, absolviendo á D. Victoriano, D. Claudio, Doña María de las Mercedes, D. León, D. Alfonso y Doña Manuela Alvargonzález y Suárez Zarraima, como herederos de Doña María Josefa González Llanos, de la demanda interpuesta por D. Juan Rodríguez González, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Juan Rodríguez y González interpuso recurso de casación, fundado en los números 1.º, 2.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón de los motivos siguientes:

1.º Porque la sentencia infringe al desestimar la demanda la ley de la fundación del mayorazgo, cuya mitad reservable se litiga, contenida en el testamento de Ruy González de la Pola de 5 de Agosto de 1574, y doctrina legal de que la voluntad del fundador es la principal ley en materia de sucesión vincular consagrada en decisiones de 26 de Enero de 1866, 16 de Octubre de 1873, 16 de Diciembre de 1875 y otras muchas, toda vez que, siendo como son los llamamientos y existiendo como existía descendiente varón de la misma línea, no podía atribuirse á una hembra la condición de inmediata sucesora de D. Rodrigo al ocurrir la defunción de éste, actual poseedor en 1866; y si aunque no lo exprese la sentencia, se hubiese creído necesaria la exclusión explícita y categórica de las hembras para reconocer que es de simple masculinidad el vínculo fundado á cualquiera de los vínculos fundados sobre el tercio de los bienes del testador, se habría infringido también la ley 8.ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación y la doctrina legal declarada en conformidad con su texto por decisión de 24 de Marzo de 1865, por cuanto la fundación es anterior al año 1615, y no le es aplicable la regla que dicha ley estableció para facilitar en lo venidero la distinción entre vínculos regulares y de masculinidad:

2.º Porque al desestimar la demanda, ha infringido también la sentencia el art. 2.º de la ley de 11 de Octubre de 1820, definitivamente restablecido en 30 de Agosto de 1836, que manda que después de la muerte del actual poseedor, la mitad de los bienes del vínculo pase libre precisamente al que debería suceder si el mayorazgo subsistiese; la doctrina legal de que si bien se suceden los mayorazgos por derecho de representación, no puede ser representada la persona que no tiene llamamiento, ó sea la que carecería de derecho para suceder si viviese al ocurrir la vacante, sancionada esta doctrina en sentencias de 23 de Diciembre de 1851 y 26 de Enero de 1866, en cuyo caso se hallaba Doña Josefa Valdés Alás, por ser hembra; y la doctrina legal que dentro de la línea da preferencia al grado, y en identidad de sexo á la mayor edad, según sentencias de 24 de Mayo de 1859, 20 de Febrero de 1864, 24 de Marzo de 1865 y 15 de Diciembre de 1875, en relación con la doctrina de que cuando la irregularidad consiste en la exclusión de las hembras, se debe guardar en lo demás el orden regular de sucesión á la Corona, establecida en sentencia de 12 de Diciembre de 1864; precepto legal y reglas doctrinales todas que definen y amparan el derecho del recurrente á la mitad reservable, con exclusión de todas las hembras que existían en la línea actual en 1866, y también de los otros descendientes varones de grado más remoto y de menor edad:

3.º En cuanto pueda entenderse que el fallo recurrido descansa sobre el

supuesto de que el demandante, hoy recurrente, para el buen éxito de la demanda necesitaba acreditar el entronque con el fundador, además del entronque que tiene acreditado con su bisabuelo, padre del último poseedor, y poseedor que fué el mismo hasta 1793, y abuelo de la demandada, á quien se supuso inmediata sucesora para las impugnadas operaciones divisorias de 1876, y de que también necesitaba aducir otras justificaciones relativas á la distinción y especificación entre los diversos mayorazgos fundados en el testamento de 1574, la infracción de la doctrina legal de que la posesión y transmisión de un vínculo por largo transcurso de tiempo, sin que á la línea poseedora se le haya disputado el derecho á poseerla, ofrece el convencimiento de que la voluntad del fundador llamó á aquella línea, según sentencia de 6 de Febrero de 1855; de la otra doctrina legal autorizada en decisiones de 13 de Enero y 9 de Octubre de 1860, 7 de Enero de 1861 y 4 de Abril de 1873, de que los puntos de hecho de que estén conformes los litigantes constituyen por el solo hecho de esta conformidad una verdad legal incontestable para los juzgadores en materia civil, sin que éstos puedan exigir otras pruebas acerca de los mismos, y consiguientemente en la infracción también de la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, que encierra la jurisdicción en los límites de la controversia, puesto que el parentesco de todos estos demandados y últimos poseedores con el fundador, es un dato inconcuso en este pleito, que no recae sobre otra cosa que los bienes de la mitad reservable del mayorazgo mismo que poseyó D. Rodrigo Valdés Alás hasta 1866, indebidamente adjudicados á Doña María Josefa González Valdés en la impugnada escritura de 1876, donde se describen los tales bienes; es decir, que se cuestiona sobre el mejor derecho y la validez ó nulidad de la escritura, pero no sobre esos extremos que la Sala sentenciadora declara injustificados para repeler con tal motivo la demanda, haciéndose notar además en este motivo que como el recurso no ha de ir encaminado contra los considerandos, y menos todavía contra alegaciones ó excepciones de la parte vencedora que el Tribunal *a quo* no aceptaba, se abstenía el recurrente de añadir que se habían infringido por haberlas aplicado indebidamente al caso del día en que no eran oportunas las doctrinas invocadas en los considerandos de la Audiencia, y las leyes y doctrinas á que había hecho referencia en el cuerpo de este escrito al impugnar la excepción de prescripción, que con evidente temeridad se opuso á la demanda, cuyas infracciones se habrían de entender alegadas también, siempre que se reputase que forman parte integrante de la sentencia recurrida los conceptos á que ellas atañen:

Y 4.º Porque en cuanto la Sala sentenciadora supone y establece que el recurrente no ha probado cosas tales como el entronque con el fundador y la designación ó identificación del vínculo, cuya mitad reservable reivindica, ó de los bienes dotales de este mismo vínculo, incide en el caso 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y comete error de derecho y error de hecho que resulta de documentos ó actos auténticos donde se patentiza la equivocación evidente del Tribunal sentenciador, consistiendo el error de derecho en desconocer que la primera y principal prueba es la que resulta del asentimiento de las partes litigantes acerca de los putos de hecho, según sentencias de 13 de Enero y 9 de Octubre de 1860, 7 de Enero de 1861 y 4 de Abril de 1873, y el error de hecho en contrariar con sus apreciaciones el texto de la escritura litigiosa de 21 de Agosto de 1876, y del escrito de demanda, en donde se determina con toda claridad que el vínculo de que se trata es el poseído por D. Rodrigo Benito Valdés hasta 1793, y por D. Rodrigo Valdés Alás, hasta 1866, y los bienes aquéllos que se adjudicaron indebidamente á Doña María Josefa González Valdés suponiéndola sucesora inmediata.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que al estimar la sentencia recurrida de sucesión regular el vínculo ó vínculos que con el tercio de sus bienes fundó en 1574 Ruy González de la Pola, no infringe la voluntad del fundador, porque el orden de sucesión que establece llamando á los hijos y nietos, no excluye á las hembras, como claramente se demuestra cuando en el primer llamamiento dice el fundador hablando de sus tres hijos en cuyo favor hace la institución: *si el uno muriese sin heredero legítimo lo haya el otro y ansi de uno en otro*, con lo cual se demuestra que la palabra *heredero* comprende la sucesión legítima de ambos sexos; y este mismo concepto lo repite el testador en la expresada cláusula fundacional, cuando dice: *y si, lo que Dios no quiera, todos falleciesen sin quedar heredero, suceda en los dichos más bienes el pariente más propincuo;* afirmando más esta recta inteligencia de la fundación la circunstancia de que al llamar el testador á las vinculaciones del tercio á sus hijos Rodrigo González de la Pola, Alvaro Peláez de la Pola y Rodrigo González de la Pola, el menor, y al expresar que la dotación de los mayorazgos había de consistir en el tercio de sus bienes, dice: *para que los hayan y hereden de mejoría y ventaja de los otros mis hijos y herederos de mas...*, y, como según resulta del testamento, el instituidor tenía en su larga prole siete hijas, es demostrado que las palabras hijos y herederos comprendía tanto á los varones como á las hembras; y en este concepto, es evidente que la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo no ha infringido la fundación ni las leyes que se citan en los motivos 1.º y 2.º del recurso:

Considerando que también son improcedentes los motivos 3.º y 4.º del recurso, porque sobre no ser materia de casación los considerandos de la sentencia, como el fundamento esencial del fallo recurrido es que los vínculos que con el tercio de sus bienes fundó Ruy González de la Pola, son de sucesión regular y no de nuda masculinidad, como pretende el recurrente, carecen de toda importancia las consideraciones que hace la sentencia, y ataca el recurso acerca de no estar probado el entronque con el fundador;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Juan Rodríguez y González, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

20

Recurso de casación (17 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Propiedad de bienes y negación de servidumbre.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Carlota Díez en pleito con D. Eustaquio Peláez (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que el recurso autorizado por el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil ha de fundarse necesariamente, para que pueda prosperar, en que al apreciarse las pruebas se haya cometido error de derecho, ó bien de hecho, que resulte de documento ó acto auténtico:

Que no son de estimar los motivos del recurso, fundados en suposiciones de hecho contrarias á la resultancia del pleito:

Que no es de estimar la infracción de textos legales, si no se expresa ni se da á entender el concepto en que hayan podido violarse.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Enero de 1891, en el pleito se-

guido en el Juzgado de primera instancia del Sur de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Eustaquio Peláez y Alvarez Cañadas, propietario, vecino de la villa de Grado, como marido de Doña Obdulia Sánchez Campomanes, con Doña Carlota Díez de Tejada, vecina de esta corte, en representación de su hijo menor D. Gonzalo Sánchez, sobre propiedad de una sala baja y cuevas, y negación de servidumbre, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada en nombre de su citado hijo, y continuado por éste por haber llegado á la mayor edad, defendido por el Doctor D. Francisco Lastres y representado por el Procurador D. Fernando Flores, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado Don Eduardo Dato y el Procurador D. Carlos de Santiago:

Resultando que por escritura pública otorgada en esta corte en 6 de Agosto de 1873, D. Manuel Sánchez y Menéndez de Llanos compró á Doña Cándida Lesón y Alonso una casa en el barrio de Chamberí, señalada con los números 4 moderno y 20 antiguo de la calle de Sagunto, y 5 moderno y 20 antiguo de la de Santa Feliciana, con una superficie total de 1.133 metros y 15 decímetros cuadrados, cuya casa fué dividida en dos partes por el Maestro de obras titular D. Isidoro Urbano y Calvo, al fin de poder adjudicarlas por separado en las operaciones de partición y división del caudal relicto al fallecimiento del D. Manuel Sánchez:

Resultando que en dichas operaciones, en que fueron interesados la viuda del finado Doña Francisca de Paula Campomanes, sus hijas Doña Isidora, Doña Sofía, Doña Elisa y Doña Obdulia Sánchez Campomanes y su nieto el menor D. Gonzalo Sánchez, representado por su madre Doña Carlota Díez de Tejada, fué adjudicada á este último la parte de la finca susodicha del lado de la calle de Sagunto, y á la Doña Obdulia la otra parte señalada con el núm. 5 de la calle de Santa Feliciana, haciéndose constar en la hijuela formada á Doña Obdulia que la mitad de dicha casa que se le adjudicaba, según la división que de la totalidad se había hecho por el Maestro de obras titular D. Isidoro Urbano, era la siguiente: Los dos grupos de construcción que tenían su entrada por la calle de Santa Feliciana, con inclusión del jardín ó patio correspondiente á los mismos, afectando el solar la forma geométrica de un exágono irregular que en sí comprendía una superficie de 555 metros, 30 decímetros cuadrados, lindando al S. con la calle de Santa Feliciana; al E. con casa y jardín que fué de D. José Torres; al N. con el resto de la finca total, que tenía su entrada por la calle de Sagunto; y al O. con casas que fueron de D. José Coll y D. Francisco Cabezuelo; que el mencionodo polígono se componía de las líneas y ángulos que seguidamente se detallan y describen en dicha partición; y que á la superficie antes expresada había que agregar una zona de terreno que pertenecía á la finca que formaba parte en la actualidad de la vía pública en toda la extensión de la fachada, midiendo 62 metros y 39 decímetros, que unida á aquélla, daba un total de 617 metros 69 decímetros cuadrados:

Resultando que en dichas operaciones particionales, que fueron aprobadas por auto judicial de 15 de Enero de 1885, se consignó en la primera de sus declaraciones que, con sujeción á los preceptos establecidos en la ley Hipotecaria vigente, debía hacerse constar en el Registro de la propiedad de esta corte la división de la finca adjudicada á Doña Obdulia y á D. Gonzalo, para lo cual los interesados cuidarían de inscribir la certificación que por duplicado había expedido el Maestro de obras titular Don Isidoro Urbano con fecha 31 de Agosto de 1884; y en la segunda, que ninguna de las dos fincas en que se había dividido la casa susodicha quedaba afecta, con relación á la otra, á servidumbres ni gravámenes de ningún género, puesto que para establecer la de luces á favor de la de la calle de

Sagunto se había adjudicado á ésta, como propiedad que formaba un todo con la misma, la parcela enclavada en el jardín ó patio de la calle de Santa Feliciana, donde existía un cobertizo provisional destinado á gallinero, lindante con la medianería que miraba al Sur, en el testero de la casa de la calle de Sagunto en la línea que separaba á esta finca del jardín ó patio de la contigua, ó sea la de la calle de Santa Feliciana, el cual cobertizo desaparecería tan pronto como cualquiera de los propietarios colindantes reedificase su finca, aprovechándolo entretanto el dueño de la casa de la calle de Santa Feliciana; entendiéndose que si al levantar la nueva medianería la construcción destinada á gallinero midiera menos de dos metros y medio de anchura en toda su extensión de aquél, medidos desde la pared que lindaba con la casa de la calle de Santa Feliciana, corresponderían á la de Sagunto los dos metros y medio, anchura que se había calculado al actual cobertizo:

Resultando que el menor D. Gonzalo Sánchez, asistido de su madre Doña Carlota, tomó posesión real y corporal de la parte de finca á él adjudicada en 13 de Febrero de dicho año 1885, anotándose por el actuario el hecho de la posesión en los contratos de inquilinato, entre ellos en el del inquilino D. Antonio Tenorio, que tenía alquilado el cuarto tienda de la derecha de la casa núm. 4 de la calle de Sagunto, y en 28 de Septiembre de 1886 dedujo Doña Carlota Díez de Tejada, en representación de su expresado hijo, demanda de interdicto de recobrar, exponiendo: que el inquilino de la casa D. Antonio Tenorio, por razón del contrato de inquilinato del cuarto tienda de la derecha que tenía celebrado con el administrador de la misma con anterioridad á la adjudicación de la casa al menor Don Gonzalo, venía disfrutando de una sala baja que estaba al fondo del patio, con entrada por el mismo, y de unas cuevas, á las que se entraba por dicha sala baja, por formar todo ello parte de la tienda arrendada; que la demandante renovó á Tenorio dicho contrato por el mismo precio, continuando con igual disfrute de la tienda con la sala baja y cuevas hasta 3 de Octubre del año anterior, en que le envió la llave; y que al ir la demandante en 18 del mismo mes á hacerse cargo del estado de la casa, se encontró con que, por orden de Doña Obdulia Sánchez Campomanes, habían tapiado en aquellos días la puerta de la sala baja que daba al patio, privándola así de dicha sala y cuevas de aquel lado y de la comunicación que por allí tenía con dichas dependencias y con las restantes cuevas correspondientes á la misma tienda, lo cual constituía el acto de despojo que reclamaba; y mediante los fundamentos de derecho que estimó del caso, solicitó que, previa la tramitación correspondiente, se mandara reponer á la demandante en la posesión de que había sido despojada, ejecutando las obras necesarias para que se la dejase el cuarto tienda susodicho en la misma disposición en que estaba cuando tomó posesión de la casa y mientras lo disfrutó D. Antonio Tenorio, ó sea con la entrada por el patio á la sala baja y cuevas que formaban parte integrante de la habitación arrendada, condenando á Doña Obdulia Sánchez al pago de todas las costas y gastos que se originasen, á la indemnización de daños y perjuicios y á la devolución de los frutos que hubiera percibido:

Resultando que Doña Obdulia Sánchez compareció en el interdicto é impugnó la demanda, y con vista de las pruebas que se practicaron por ambas partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia del distrito del Centro en 4 de Noviembre de 1886, que se hizo firme y fué ejecutada en todos sus extremos, declarando haber lugar al interdicto, y ordenando en su consecuencia se requiriese á Doña Obdulia Sánchez para que en lo sucesivo se abstuviese de perturbar la posesión de Doña Carlota Díez, á la que inmediatamente se repondría en ella sin perjuicio de tercero y de lo que en su día se resolviese en el juicio de propiedad, cuya acción podría

utilizar Doña Obdulia Sánchez, á la que se condenaba al pago de todas las costas, daños y perjuicios irrogados á Doña Carlota Díez, y á la devolución de los frutos percibidos:

Resultando que, partiendo de los hechos expuestos, dedujo Doña Obdulia Sánchez Campomanes, representada por su marido D. Eustaquio Peláez, en 21 de Enero de 1887 la demanda de este pleito, con la solicitud de que se declarase en definitiva que la casa de la calle de Santa Feliciana, núm. 5, de su propiedad, no tenía constituída en favor de la de Sagunto, núm. 4, la servidumbre de puerta ó boquete en la pared divisoria de ambas fincas, ni la de utilizarse de la cueva enclavada en el perímetro de la primera, que pretendía ejercitar Doña Carlota Díez de Tejada, como representante de su hijo D. Gonzalo Sánchez, condenando á dicha Doña Carlota, en la representación que ostentaba, á que, á sus expensas, fuese cerrado el boquete expresado, y á abonar á la demandante los perjuicios y costas producidos por causa del interdicto y los que se produjesen por este pleito; á cuyo efecto alegó en cuanto es esencial, que la descripción hecha en las operaciones de partición del caudal de D. Manuel Sánchez de la parte de finca adjudicada á la demandante, y sobre todo lo consignado en la segunda de las declaraciones, demostraba en absoluto el limitado dominio que dentro de lo comprendido en el perímetro descrito correspondía á la demandante, y por lo tanto, sobre la sala baja y cueva en cuestión que se encontraban debajo de una parte de la casa de la calle de Santa Feliciana; que dichas particiones y todos los antecedentes en ella expresados estaban demostrando que, perteneciendo ambas fincas á D. Manuel Sánchez en vida, del cual constituían una sola, y siendo fácil sin duda alguna su división con absoluta separación, se hicieron las adjudicaciones con tal independencia, que hasta se señaló un punto determinado divisorio, designándose el número de pies de cada propiedad y prescribiendo que no quedaban afectos con ninguna servidumbre, sin reservar ni establecer paso alguno, agujero ó boquete que consintiera al dueño de las fincas el menor aprovechamiento del perímetro de la otra, lo cual hubiera sido contrario á aquella declaración de libertad de cargas; que es principio legal el de que la propiedad del suelo lleva consigo la de cuanto existe encima y debajo, por cuya razón las construcciones que hubiese sobre un terreno ó en su interior se consideraban y eran del dueño de la superficie; que el fundamento anterior no podía desvirtuarse por el hecho de que el inquilino de la tienda de la calle de Sagunto utilizase en vida de D. Manuel Sánchez la sala y cueva en cuestión, pues aparte de que dividida la finca y adjudicadas sus dos porciones á dos distintos propietarios, era necesario haber precisado dicha intrusión para que tuviera carácter legal de servidumbre, ya que estas limitaciones de propiedad no se presumen nunca, sino que es necesario probarlas, á nada conduciría tal demostración refiriéndose á tiempos en que por ser dichas casas una sola finca y pertenecer á un solo dueño, faltaba la condición esencial para que pudiera considerarse constituída una servidumbre, ó sea la de existir finca ajena, según declaraba este Tribunal Supremo en sentencia de 15 de Marzo de 1860; y que la puerta de la sala cueva en cuestión, por las condiciones en que se hallaba, debía cerrarse, con tanta más razón, cuanto que se hallaba en la pared divisoria y consistía en un boquete que indicaba hasta por su extensión y forma cualquier cosa menos la constitución de un derecho perpetuo, como lo demostraba la necesidad que habría en el caso de que se declarase la subsistencia de aquella perforación de la pared, de no dejar ambas fincas en una situación anormal, de que por la Autoridad judicial que tal declaración hiciese se determinaran arbitrariamente las medidas del boquete, la colocación de puertas, conservación de llaves y demás precauciones que hacía precisa la subsistencia de tan excepcional y extraño gravamen:

Resultando que Doña Carlota Díez de Tejada, en su expresada calidad de madre del menor D. Gonzalo, se opuso á la demanda, diciendo en cuanto tiene relación con el recurso, que en las particiones de los bienes de D. Manuel Sánchez no resultaba que se hubiesen adjudicado á la demandante la sala baja y cuevas sobre que se litigaba y de que abusivamente le había despojado, dando lugar al interdicto; que no admitía la descripción que de dicha sala y cuevas se hacía en la demanda; y que le bastaba sólo oponer á la demanda el hecho posesorio, conforme á la ley 28, tít. 2.º, Partida 3.ª:

Resultando que en la réplica insistió la parte demandante en las alegaciones y pretensiones de su demanda, añadiendo, entre otras cosas, que aunque Doña Carlota Díez hubiera obtenido la posesión de la sala y cuevas, el hecho de tal posesión no podía prevalecer ante la prueba del dominio que por su parte hiciese, y que demostrado ya en la demanda que la casa de Doña Obdulia no se hallaba afecta á servidumbre alguna con relación á la de Doña Carlota Díez, y por lo tanto que no podían hallarse inscritas en el Registro de la propiedad servidumbres que no tenían existencia real, aunque existiesen, no perjudicarían á la demandante, según lo dispuesto en los artículos 2.º, 13 y 23 de la ley Hipotecaria; y seguido el traslado de dúplica, que no utilizó la demandada, se recibió el pleito á prueba, suministrándose por ambas partes diferentes justificaciones, entre ellas la pericial, á propuesta de la parte demandante, para determinar principalmente la situación de la cosa litigiosa:

Resultando que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 6 de Febrero próximo pasado, declarando que la casa núm. 5 de la calle de Santa Feliciana, propia de Doña Obdulia Sánchez Campomanes, no tiene constituída en favor de la de Sagunto, núm. 4, servidumbre alguna de puerta ó boquete en la pared divisoria de ambas fincas, ni la de utilizarse los dueños de la segunda de la sala baja y cueva existentes bajo el perímetro de la primera, y por tanto, condenando á Doña Carlota Díez de Tejada, como madre y representante del menor D. Gonzalo Sánchez y Díez, dueño de la casa de la calle de Sagunto, á que á sus expensas sea cerrada la puerta ó boquete que existe en la actualidad en la citada pared divisoria, absolviendo á dicha Doña Carlota, en la representación que ostenta, de los restantes extremos de la demanda, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que Doña Carlota Díez de Tejada interpuso recurso de casación, fundado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando como infringidos:

1.º La doctrina jurídica de que nadie puede ir contra sus propios actos, establecida en infinidad de sentencias de este Tribunal Supremo, entre ellas en las de 27 de Diciembre de 1873, 26 de Mayo de 1876 y 1.º de Junio de 1881, en relación con el citado núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque la sentencia incurre en evidente error de hecho y de derecho al ir contra actos auténticos de Doña Obdulia Sánchez Campomanes, y negar á la recurrente la propiedad de la sala baja y cuevas que en este pleito se discute, cuando aquélla la había estado reconociendo con su pasividad hasta mucho tiempo después de adjudicadas las porciones de la casa correspondientes á cada una, y por consiguiente, en el concepto además de negar la sentencia á la recurrente la servidumbre constituída por su consentimiento:

2.º El principio de derecho según el que, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, en relación con la ley 1.ª, tít. 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; y la 61, tít. 5.º de la Partida 5.ª, que dan fuerza de ley á las convenciones entre los particulares, según la voluntad de los mismos y en cualquier forma que manifiesten, en el concepto de que la sentencia

interpreta las particiones en el sentido de que las cuevas y la sala existentes bajo la casa de que se trata pertenecen á Doña Obdulia Sánchez Campomanes, cuando las particiones adjudican la casa por mitad y no hablan de dichas porciones, que por virtud de las leyes citadas debe entenderse pertenecen por mitad igualmente á cada uno de los partícipes en la herencia:

3.º El art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con la doctrina jurídica y regla de sana lógica, de que lo accesorio sigue á lo principal; y como consecuencia, la doctrina igualmente reconocida por todos, de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, consignada en la regla 17 del tít. 34 de la Partida 7.ª, por cuanto la sentencia adjudica la propiedad de la sala y de las cuevas á Doña Obdulia Sánchez, siendo así que, como accesorios de la casa heredada por mitad, corresponde también por mitad á la recurrente, de no autorizarse á favor de la parte contraria un enriquecimiento torticero que ni las leyes ni la lógica pueden consentir:

Y 4.º La ley 1.ª, tít. 28, Partida 3.ª, y la doctrina jurídica en armonía con su texto, según la que, al dueño de una cosa se le suponen los derechos necesarios para su disfrute, elemento esencial de los que integran el derecho de dominio, en cuanto se niega á la recurrente el derecho de tener paso á la sala y cuevas que le pertenecen por la entrada abierta al efecto en la pared divisoria de las dos mitades de casa, única manera consentida, como antes se ha dicho, por Doña Obdulia Sánchez, de hacer uso del dominio que corresponde á la recurrente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que el recurso autorizado por el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil ha de fundarse necesariamente, para que pueda prosperar, en que al apreciarse las pruebas se haya cometido error de derecho, ó bien de hecho, que resulte de documento ó acto auténtico, y no fundándose en ninguna de ambas causas el primer motivo del presente recurso, resulta de todo punto ineficaz, pues si bien se alega el error de hecho, no se le hace derivar de documento alguno; y si también se alega el error de derecho, pretándese fundarlo en la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos; cuya doctrina, además de no referirse, cual debiera, á la apreciación de la prueba, carece de aplicación bajo cualquiera otro concepto al caso actual, porque el acto atribuído á Doña Obdulia Sánchez, reducido á que dejó de ejercitar sus derechos dominicales por espacio de algunos meses, ni le obligaba á dejar de ejercitarlos, ni puede impedirse su ejercicio ínterin que las acciones que le competen para su defensa no haya prescrito; y por tanto, no se han cometido las infracciones alegadas en dicho primer motivo:

Considerando que el supuesto de hecho sobre que descansa el segundo motivo del recurso para alegar como consecuencia la infracción de la ley del contrato, así como la ley y doctrina que le dan fuerza, es diametralmente contrario al resultado del pleito; porque la sentencia recurrida, apreciando la prueba documental y pericial, y ajustándose á las cláusulas de la partición de bienes efectuada por muerte de D. Manuel Sánchez, estima como cierto el hecho de que la finca en cuestión se dividió entre los dos litigantes, como interesados en la herencia, no ya en partes iguales pero indeterminadas, sino, por el contrario, en dos cuerpos de edificio respectivamente independiente el uno del otro, y cada cual de ellos definido por su cabida y linderos, de donde se deduce que ni se han cometido ni han podido cometerse las infracciones alegadas en dicho motivo 2.º:

Considerando que las infracciones alegadas en los dos últimos motivos del recurso, salvo la del art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, que en uno de ellos se alega, pero ineficazmente, por no expresarse ni darse á entender el concepto en que haya podido violarse, fúndanse también en

suposiciones de hecho contrarias á la resultancia del pleito; por lo cual es evidente que no ha podido cometerse;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Carlota Díez de Tejada, en representación de su hijo menor D. Gonzalo Sánchez, y continuado por éste por haber llegado á la mayor edad, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. — (Sentencia publicada el 17 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

21

Recurso de casación (21 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Subasta de crédito embargado.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por la Sociedad Crédito y Doks de Barcelona, en autos con D. Jaime More (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que con arreglo al núm. 3.º del art. 1694 de la ley de Enjuiciamiento civil, no procediendo en los juicios ejecutivos el recurso de casación por infracción de ley, tampoco tiene lugar en los incidentes de los mismos:

Que formando parte del juicio ejecutivo las diligencias de apremio para hacer efectivo el pago al acreedor ejecutante en cumplimiento de la sentencia de remate, no es de aplicación para fundar la admisión del recurso de casación contra el dicho auto el núm. 5.º del art. 1692 de la citada ley, que se refiere sólo á las diligencias de cumplimiento de las sentencias que terminan los juicios, de conformidad con lo prescrito en el núm. 3.º del art. 1729.

Resultando que en la vía de apremio de autos ejecutivos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de Barcelona por la Sociedad Crédito y Doks de Barcelona contra D. Jaime More y Bosch, se dictó un auto por dicho Juzgado en 15 de Julio de 1889, denegatorio de la reforma que pretendió la parte demandada de providencia de 22 de Junio anterior, en que se dispuso, á petición de la Sociedad ejecutante, que se sacase á pública subasta por el término de veinte días el crédito embargado en la forma prevenida en la ley:

Resultando que por auto de la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio de 2 de Octubre próximo pasado, fué revocado el del Juzgado, decidiendo que no había lugar á la subasta del crédito; y por parte de la Sociedad Crédito y Doks de Barcelona se interpuso recurso de casación por infracción de ley, á cuya admisión se opuso el Ministerio fiscal, y en su virtud se mandó traer á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que declarado con repetición por este Tribunal Supremo, con arreglo al núm. 3.º del art. 1694 de la ley de Enjuiciamiento civil, que no procediendo en los juicios ejecutivos el recurso de casación por infracción de ley, con igual razón tampoco tiene lugar en los incidentes de los mismos, como sucede en el presente caso, en que dentro del juicio ejecutivo en la vía de apremio se ha dictado el auto recurrido:

Considerando que, en otro concepto, formando parte del juicio ejecutivo las diligencias de apremio para hacer efectivo el pago al acreedor ejecutante en cumplimiento de la sentencia de remate, no es de aplicación para fundar la admisión del recurso de casación contra el dicho auto número 5.º del art. 1692 de la citada ley, que se refiere sólo á las diligencias de cumplimiento de las sentencias que terminan los juicios, de conformi-

dad con lo prescrito en el núm. 3.º del art. 1729, es de desestimar el recurso interpuesto;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Sociedad Crédito y Doks de Barcelona, á la que se condena al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona, la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Auto fecha 21 de Enero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 26 de Febrero del mismo año.)

22

RECURSO DE CASACIÓN (21 de Enero de 1891).—Sala tercera.—*Convenio de acreedores.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. José Bertolín (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que aceptada por los acreedores la proposición del deudor, que les cedió su activo, de que una comisión de los mismos, en unión del segundo, se encargue de la liquidación, el auto que ordena la entrega del activo á dicha Comisión liquidadora, á presencia y con intervención de los acreedores, no tiene el carácter de definitivo en ninguno de los conceptos que expresan los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues lejos de impedir la continuación del pleito, tiende á su más perfecto cumplimiento en garantía de los acreedores.

Resultando que en junta de acreedores celebrada en 6 de Abril de 1889 en autos de suspensión de pagos promovidos por D. José Bertolín Blanco en el Juzgado de primera instancia del distrito del Mar de Valencia, fueron aceptadas las proposiciones de convenio que aquél propuso, y aprobadas después por el Juzgado en auto de 15 de Enero de 1890; consistiendo dichas proposiciones: la primera, en que cedía á sus acreedores todo su activo, excepción de su ajuar personal y doméstico; y la segunda, en que una Comisión nombrada del seno de los mismos acreedores se encargaría, en unión del deudor que se ponía á sus órdenes, de la liquidación, tomando por base el inventario practicado, extinguiendo las obligaciones y realizando las operaciones pendientes:

Resultando que el Juzgado, en providencia de 10 de Febrero próximo pasado, tuvo por parte en dichas actuaciones á la Sociedad regular colectiva Alianza y Granule, acordando, á petición de la misma, que se entregara el activo del deudor á la Comisión liquidadora á presencia y con la intervención de los acreedores que quisieran asistir á dicho acto, para el que se señaló día y hora, y se mandaron expedir los exhortos necesarios:

Resultando que por auto de 4 de Marzo declaró el Juzgado haber lugar á la reforma que de la citada providencia pidió D. José Bertolín, y apelado por éste aquel auto, fué confirmado con las costas por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio en otro de 26 de Septiembre:

Resultando que D. José Bertolín y Blasco interpuso recurso de casación por infracción de ley, con cuya admisión estuvo conforme el Ministerio fiscal, y oído el Magistrado Ponente, acordó la Sala que se trajera á la vista con las citaciones correspondientes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que el expresado auto recurrido no tiene el carácter de definitivo en ninguno de los conceptos que expresan los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues lejos de impedir la continuación del pleito, tiende á su más perfecto cumplimiento en garantía de los acreedores; siendo, en su consecuencia, inadmisible el presente recurso, con arreglo al núm. 3.º del art. 1729 de la ley citada;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. José Bertolín, á quien se condena al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Auto fecha 21 de Enero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 26 de Febrero del mismo año.)

23

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (22 de Enero de 1891). —Sala primera.—*Subordinación de embargo.*—Ha lugar al interpuesto por D. Andrés Valdés en pleito con D. Diego Díaz (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que el juicio ejecutivo no puede interrumpirse por otros incidentes más que los de competencia y acumulación á un juicio universal, *que autoriza el art. 1478 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó por las tercerías de preferencia ó de dominio que define el art. 1530:*

Que, por lo tanto, infringe dichos artículos la sentencia que suspende un juicio ejecutivo por virtud de una cuestión llamada de subordinación de embargo sustanciada como si fuese una competencia, y al decidir, sin haberse entablado tercería, que el crédito del ejecutante quede postergado al del promovedor de aquel incidente.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Enero de 1891, en el recurso de casación por infracción de ley pendiente ante Nos, interpuesto por Don Andrés Valdés Chacón, propietario, vecino de la Habana, como marido y representante legal de Doña María Luisa Herrera, contra sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, resolviendo incidente promovido por D. Diego Díaz Pimienta, vecino también de aquella ciudad, Capellán de la fundada por D. Juan González de la Torre, sobre subordinación al embargo practicado del hato ó corral de Guanamón, parte actualmente de la hacienda del propio nombre, en los autos ejecutivos para cobro de pensiones de un censo, incoados por Díaz Pimienta y por D. Anacleto Redondo, Presbítero colector de Capellanías, en el Juzgado de primera instancia de Güines, y acumulados luego á los de testamentaría del Marqués de Almendares, pendientes en el de igual clase del distrito de Belén, hoy del Este, de la repetida ciudad de la Habana, del embargo de la propia hacienda, practicado á instancia del recurrente, con el carácter expresado en los autos ejecutivos por él entablados en el Juzgado del distrito de Guadalupe, hoy del Centro, de la misma ciudad, sobre cobro de un crédito hipotecario contra la sucesión del citado Marqués, habiendo dirigido y representado al recurrente, única parte comparecida en el recurso, el Licenciado D. Rafael María de Labra y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana:

Resultando que por escritura pública de 16 de Octubre de 1689, D. Pedro de Cárdenas vendió al Presbítero D. Diego González de la Torre 62 pesos y 4 reales de censo en cada año, y 1.250 pesos de principal impuestos sobre el hato de Guanamón, de que era dueño el Capitán D. Antonio Barreto Tovares; constando de certificación expedida por el Anotador de Hipotecas, é inserta en dicha escritura, que aquel capital de censo no lo tenía hipotecado el D. Pedro; por otra escritura otorgada en 25 de Noviembre de 1795, inscrita en la extinguida Anotaduría de Hipotecas de Güines, D. Miguel García, rematador de 40 caballerías de tierra de las del corral, Silvestre y Guanamón, gravadas con 1.250 pesos, cargados á censo á favor de la Capellanía que mandó fundar D. Juan González de la Torre,

reconoció como dueño y señor del censo á D. José Casimiro de la Torre, y se obligó á satisfacerle el rédito del 5 por 100 anual; y por otra escritura del año 1868, D. Francisco J. Ibáñez vendió á D. Juan Tomás Herrera el demolido ingenio Nuestra Señora de las Angustias, compuesto de 80 caballerías y cuatro cordeles planos de tierra de las haciendas San Luis y Luis Matas, y del corral San Antonio Abad, alias Silvestre, con varios gravámenes, entre ellos 1.250 pesos, impuestos en 69 caballerías á favor de Don José Casimiro de la Torre:

Resultando que con presentación de copias de estas escrituras, y de certificación del Registrador de la propiedad del partido de Güines, acreditativa de la anotación de la segunda de ellas en la extinguida Anotaduría de Hipotecas, D. Anacleto Redondo y D. Diego Díaz Pimienta promovieron juicio ejecutivo para el cobro de 562 pesos 50 centavos, importe de las nueve últimas anualidades del censo, contra la sucesión de D. Ignacio Herrera y O'Farril, Marqués de Almendares, heredero de D. Juan Tomás Herrera, en el Juzgado de primera instancia del partido de Güines, que por auto de 18 de Noviembre de 1887 mandó despachar la ejecución contra los bienes de dicha sucesión, procediéndose en 7 de Diciembre siguiente al embargo del potrero Nuestra Señora de las Angustias, embargo de que luego de acumulado este juicio al de testamentaría del Marqués de Almendares, pendiente en el Juzgado de Belén, hoy del Este de la Habana, solicitó la referida parte actora que se tomara razón en el Registro de la propiedad, acordándose así, pero no apareciendo haberse ejecutado, dictándose después sentencia de remate, que consentida fué ejecutoria, y entrándose en la vía de apremio:

Resultando que por escritura de 1.º de Abril de 1881, inscrita en el Registro de la propiedad en 27 del mismo mes, D. José Ignacio Herrera y O'Farril, Marqués de Almendares, confesó deber á su hija Doña María Luisa 11.559 pesos por razón de su legítima materna, intereses de la misma y parte de un legado y suplementos, obligándose á satisfacerlos en los plazos que determinaron, é hipotecando en garantía la hacienda Guanamón, que la formaban entre otros terrenos los pertenecientes al demolido potrero del mismo nombre, los correspondientes al demolido ingenio Angustias, al potrero San Martín y otros, reconociendo entre varios gravámenes la imposición de 1.250 pesos en 69 caballerías del demolido ingenio Angustías á favor de D. José Casimiro de la Torre; y con presentación de primera copia de esta escritura, D. Andrés Valdés, como marido de Doña María Luisa Herrera, dedujo en el Juzgado de primera instancia del distrito de Guadalupe, hoy del Centro de la Habana, demanda ejecutiva contra los bienes del Marqués de Almendares, y especialmente contra la hacienda Guanamón, expresamente hipotecada, despachándose la ejecución en 13 de Septiembre de 1883, embargándose dicha hacienda en 1.º de Octubre del mismo año, tomándose en 6 de igual mes de 1886 en el Registro de la propiedad anotación preventiva del citado embargo, dictándose sentencia de remate y entrando también este juicio en la vía de apremio:

Resultando que en tal estado ambos procedimientos, D. Diego Díaz Pimienta solicitó en los instados por él que se oficiara al Juzgado de Guadalupe para que subordinara al embargo en ellos causado, el que en los autos promovidos por Valdés se había trabado en el potrero Angustias, exponiendo: que mientras en estas últimas actuaciones se procedía por razón de un crédito hipotecario constituído en 1.º de Abril de 1881, en el suyo se trataba de réditos de un censo establecido cerca de dos siglos antes, en 17 de Octubre de 1689; y el Juez del Este, después de oir al Promotor fiscal, que se opuso á esta pretensión, accedió al requerimiento solicitado:

Resultando que dirigido el oportuno oficio al Juzgado del Centro, éste oyó á la parte del administrador de la testamentaría del Marqués de Al-

mendares, que estuvo conforme con lo que se pedía, y á la de Valdés, que se opuso á ello, alegando no tenía razón de ser, y era un procedimiento desconocido por la ley, y aparte de esto, ni el capital del censo ni sus réditos habían de sufrir menoscabo sin mejorar la pretendida subordinación de embargo la condición del acreedor Pimienta, perjudicando los intereses también legítimos del alegante; y después de haber adjudicado por auto de 5 de Abril de 1888 la hacienda de Guanamón á Doña María Luisa Herrera, resolvió por otra de 12 del mismo mes no haber lugar á la subordinación de embargo pretendida, é insistiendo en su acuerdo el Juzgado del Este, remitió los autos á la Audiencia, comunicándolo al del Centro, el cual acordó no hacerlo en tanto no se le ordenara por la Superioridad, toda vez que no se había propuesto ni sustanciado ningún requerimiento de competencia ni de acumulación; y habiéndoselo ordenado aquélla, la elevó también sus actuaciones:

Resultando que la Sala de lo civil de dicha Audiencia de la Habana confirió traslado para instrucción á las partes y al Fiscal, que se abstuvo de emitir dictamen respecto al fondo de la cuestión, por entender que no se trataba de una competencia; y en sentencia de 31 de Julio de 1889 declaró haber lugar á la subordinación de embargo pretendida por el Juzgado de Belén, hoy del Este, y en su consecuencia, que debía subordinarse al por éste practicado en el potrero Angustias en el juicio ejecutivo seguido por D. Anacleto Redondo y D. Diego Díaz Pimienta, contra la sucesión del Marqués de Almendares, el que á su vez trabó el Juzgado del Centro sobre la misma finca en el juicio seguido por D. Andrés Valdés Chacón, como legítimo consorte de Doña María Luisa Herrera, contra dicha sucesión, condenando en dos terceras partes de costas al ejecutante D. Andrés Valdés, y en la otra tercera parte al Juez de primera instancia del distrito del Centro:

Resultando que D. Andrés Valdés Chacón interpuso recurso de casación por infracción de ley, invocando los números 1.º y 6.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, citando como infringidos:

1.º El art. 76 de la enunciada ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, que prohibe se susciten cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por sentencia firme, puesto que la Sala de la Habana ha dictado la sentencia recurrida resolviendo la cuestión como si fuera una competencia:

2.º El art. 1478 de la misma ley, que determina en su párrafo segundo que no podrán promoverse las cuestiones de competencia en los juicios ejecutivos después del trámite de oposición, toda vez que la Sala sentenciadora declara la subordinación de embargo en el entender de que es una cuestión de competencia:

3.º El art. 147 de la ley Hipotecaria, en relación con el párrafo primero del 1478 de la de Enjuiciamiento civil, que determinan: el primero, que no se suspenderá en ningún caso el juicio ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuviesen fundadas en un título anteriormente inscrito; y el segundo, que no se admitirán en los juicios ejecutivos otros incidentes que los que nazcan de las cuestiones de competencia y acumulación á un juicio universal; porque se ha mandado suspender el procedimiento ejecutivo á virtud de un incidente que no es de los señalados en el art. 1478, puesto que se ha demostrado que la cuestión resuelta no es de competencia, lo cual no se ha podido hacer aunque el título de Díaz Pimienta estuviese anteriormente inscrito, pues en este caso sólo cabía la correspondiente tercería;

Y 4.º El art. 1530 de la repetida ley de Enjuiciamiento civil, que determina que las tercerías habrán de fundarse en el dominio de los bienes embargados, ó en el derecho del tercero á reintegrarse de su crédito con

preferencia al ejecutante, pues que la Sala sentenciadora declara de plano la preferencia del crédito de Díaz Pimienta sobre el del recurrente, cuando esto, como se ve, es lo que constituye la tercería, y por consiguiente, debió abstenerse de resolver esta cuestión en la forma que lo ha hecho.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que el juicio ejecutivo no puede interrumpirse por otros incidentes más que los de competencia y acumulación á *un juicio universal*, que autoriza el art. 1478 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó por las tercerías de preferencia ó de dominio que define el art. 1530; y por lo tanto, que la sentencia recurrida, al suspender el instado por D. Andrés Valdés por virtud de la cuestión llamada de subordinación de embargo, sustanciada como si fuese una competencia, y al decidir, sin haberse entablado tercería, que su crédito quede postergado al de Díaz Pimienta, infringe los artículos citados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Andrés Valdés Chacón; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 31 de Julio de 1889 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 22 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Marzo del mismo año.)

24

Recurso de casación (24 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de institución de heredero.*—Ha lugar al interpuesto por D. Francisco Oneto en pleito con Sor María Luisa Magón (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que la sustitución vulgar caduca una vez que el primer heredero instituído acepta la herencia, porque entonces falta el motivo que le da vida; lo que sobre hallarse expresamente determinado en la ley 4.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, es una condición necesaria de la institución, tal como se define y en parte regula por las leyes 1.ª y 2.ª del propio título y Partida; cuya doctrina es aplicable á la sustitución de los herederos de confianza, salvo lo que el testador dispusiere lícitamente en contrario.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Antonio de Cádiz y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, por Sor María Luisa Magón de Campaneu y Casaux, Abadesa de las religiosas Capuchinas del Puerto de Santa María, y por su fallecimiento su heredero fiduciario el Obispo de Cádiz, con D. Francisco Oneto y Rivero, propietario, vecino del Puerto de Santa María, sobre nulidad de una institución de heredero; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, y en su defensa y representación el Letrado D. Melchor Almagro y el Procurador D. José María Cordón, habiéndolo estado la parte recurrida por el Dr. D. Germán Gamazo y el Procurador D. Fidel Serrano:

Resultando que Doña María Luisa Magón de Campaneu y Casaux, hija de Doña Luisa Casaux y Viñalet y de D. Bernardo Magón de Campaneu, que había ya fallecido, otorgó escritura pública en el Puerto de Santa María en 31 de Julio de 1875, siendo novicia del convento de Capuchinas de aquella ciudad, mediante licencia del Visitador general, y haciendo constar que se hallaba dentro del término fijado por el Concilio de Trento para poder disponer de sus bienes, renunciar sus derechos y acciones y otorgar

su última voluntad; declarando, entre otros particulares, que cedía, donaba y renunciaba en su madre cuantos bienes, derechos y acciones tenía y pudieran corresponderle por cualquier concepto, siendo los que á la sazón poseía, adquiridos con el importe de su legítima paterna, las dos casas que determinaba, de las que se desapoderaba transmitiéndolas á su expresada madre, mediante á que con la cantidad que por su dote tenía entregada le quedaba lo suficiente para su manutención y atenciones religiosas; y que asimismo renunciaba el derecho que pudiera asistirla á los bienes que su madre poseyera á su fallecimiento, para que dispusiera en su testamento en favor de la persona ó personas que quisiere, ya fuesen parientes ó extraños; reconociendo y aprobando, desde luego, la distribución que su madre hiciese de sus bienes y de los que adquiría y adquiriera por esta donación y renuncia que en favor de la misma hacía como su legítima y universal heredera, á la que desde luego instituía y nombraba en propiedad y usufructo:

Resultando que Doña Luisa Casaux y Viñalet falleció en 23 de Diciembre de 1885, bajo testamento otorgado en 9 de Septiembre anterior, en el que hizo constar que había estado casada con D. Bernardo Magón y Campaneu, de quien había tenido tres hijas, dos de ellas ya fallecidas, y la tercera, Doña María Luisa, que vivía siendo religiosa profesa en el convento de Capuchinas del Puerto de Santa María desde el día 15 de Agosto de 1875, bajo el nombre en religión de Sor María Josefa Teresa, la cual había otorgado testamento á su favor en 31 de Julio de dicho año 1875, por razón de la renuncia irrevocable de todos sus bienes habidos y por haber á que la obligaban los votos de su estado religioso, declarando después en la cláusula 6.ª que legaba en plena propiedad á su hermano Don José María Casaux y Viñalet la mitad que poseía de la casa en aquella ciudad del Puerto de Santa María, núm. 107 antiguo y 50 moderno de la calle Larga, de cuya otra mitad era dueño su citado hermano; y en la 7.ª, que nombraba por su único albacea y heredero fideicomisario á su repetido hermano D. José María, facultándole, sigue diciendo á la letra, para que ocurrido mi fallecimiento entre en mis bienes, venda sin necesidad de subasta todos ó parte de ellos, administre dando á aquéllos y á sus productos el destino que le tengo comunicado, y en lo sucesivo le comunicaré de palabra ó por escrito en una minuta, sea escrita ó dictada por mí ó cualquiera otra persona, y firmada de mi propia mano; siendo mi voluntad que dicha minuta se considere y valga como parte integrante de este mi testamento, y que mis disposiciones en ella consignadas sean como otras tantas cláusulas del mismo testamento, sin que mi citado albacea y heredero fideicomisario tenga que dar cuenta á persona ó corporación ni autoridad alguna, y en el caso de que falleciese mi hermano D. José María Casaux y Viñalet antes que yo, sin haber nombrado sustituto, declaro que desde ahora nombro como albacea y heredero fideicomisario mío á D. Francisco Oneto y Rivero, de esta vecindad, con las mismas facultades concedidas al referido mi hermano; y prohibo toda intervención, sea de la clase que fuere, en mi testamentaría, y prorrogo á mis albaceas el año legal por todo el demás tiempo que creyeren conveniente para cumplir el encargo que les dejo confiado:

Resultando que D. José María Casaux y Viñalet hizo constar en escritura pública de 24 de Mayo de 1886, después de hacer mención del testamento de su hermana, que no había encontrado la minuta á que ésta se refería en su disposición testamentaria, á pesar de haber registrado todos sus papeles; que antes de morir le había manifestado que todos los bienes que dejaba fuesen para el otorgante, lo cual hacía constar para que se inscribiesen á su nombre en los Registros de la propiedad correspondientes á título de heredero universal de aquélla, y que en cumplimiento de lo dispuesto por la misma en su testamento, pasaba á enumerar los bienes

que habían pertenecido á ella, con cuya escritura satisfizo D. José María Casaux en la Administración de Propiedades y Rentas de Cádiz los derechos de transmisión correspondientes:

Resultando que en 7 de Abril del mismo año de 1886 habia otorgado testamento D. José María Casaux haciendo varios legados, nombrando albacea á D. Francisco Oneto y Rivero é instituyendo por su única y universal heredera á su sobrina carnal Doña María Luisa Magón de Campaneu y Casaux, religiosa profesa bajo el nombre de Sor María Josefa Teresa; y en 29 de Diciembre siguiente otorgó un codicilo declarando que los bienes que poseía consistían en los que señalaba, pues la herencia que había obtenido de su hermana Doña Luisa por su testamento de 9 de Septiembre de 1876 era nula, por haber debido recaer en su sobrina Doña María Luisa Magón de Campaneu, Abadesa del convento de Santo Domingo de Cádiz, como hija que era de dicha testadora, con aptitud para heredar, aunque profesa, según las leyes vigentes en la materia, por cuya razón debería provocarse el abintestato de su citada hermana, y pedirse la devolución de los derechos que indebidamente le habían sido cobrados por tal concepto de heredero en las oficinas de Hacienda de Cádiz, lo que manifestaba para que constara y se cumpliese lo dispuesto en esta cláusula; que modificaba la del testamento en que nombraba albacea á Oneto, eligiendo para tal cargo en primer lugar á D. Vicente Calvo y Valero, Obispo de Cádiz; en segundo al Presbítero D. Juan Sardó y López, y en tercero, á dicho D. Francisco Oneto, y que dejaba subsistentes todas las demás cláusulas de su testamento que no se opusieran á las consignadas en este codicilo:

Resultando que D. José María Casaux falleció en 5 de Enero de 1887, y en el mismo día Sor María Luisa Magón de Campaneu, Abadesa de las religiosas Capuchinas de Cádiz, otorgó un poder especial para reclamar en juicio la herencia de su madre, insertándose en él un oficio de fecha del día anterior, dirigido á la otorgante por el Obispo de Cádiz, en el que se dice, que usando de las especiales facultades que Su Santidad en rescripto de 15 de Octubre del año último se había dignado concederle para conferirle las necesarias, á fin de que, no obstante cualquier cosa en contrario, pudiera reclamar y obtener la herencia de su madre Doña Luisa Casaux y Viñalet, le autorizaba por el presente para el efecto indicado, y para emplear, mediante Procurador que le representase, todos los medios legales conducentes al mismo:

Resultando que con dicho poder se dedujo en Cádiz en 1.º de Octubre del mismo año 1887, á nombre de la susodicha Sor María Luisa Magón, la demanda de este pleito, con la solicitud de que se declarase en definitiva que la institución de heredero fideicomisario que por la cláusula 7.ª de su testamento de 9 de Septiembre de 1885 hizo Doña Luisa Casaux y Viñalet en favor de su hermano D. José María y de D. Francisco Oneto, como sustituto, era nula y de ningún valor ni efecto; y que, en su consecuencia, por haber muerto la Doña Luisa sin heredero testamentario, era su única y universal heredera legítima ó abintestato su hija la demandante; alegándose en apoyo de esta pretensión los hechos que se dejan referidos, y como fundamentos de derecho, las leyes 1.ª, tít. 5.º, libro 4.º del Fuero Juzgo; 10, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, y 10, tít. 7.º y 1.ª, tít. 8.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; así como las de 29 de Julio de 1837, el decreto de 15 de Octubre de 1868, elevado á ley en 20 de Junio de 1869, los artículos 30, 35 y 41 del Concordato publicado como ley del Estado en 17 de Octubre de 1851, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1868 y 4 del mismo mes de 1870:

Resultando que D. Francisco Oneto y Rivero contestó la demanda pidiendo se declarase que no tenía el carácter ó representación con que había sido demandado, y que en su consecuencia se le absolviera de la de-

manda con imposición á la parte actora de todas las costas; diciendo para ello que no había aceptado tácita ni expresamente albaceazgo, ni fideicomiso, ni ningún otro encargo referente á las testamentarías de Doña Luisa y D. José María Casaux y Viñalet, ni poseía bienes, papeles ni cosa alguna de dichas preferencias que motivasen la demanda entablada contra él, haciendo presente además el contenido de la escritura de renuncia de bienes y derechos otorgada por la demandante en favor de su madre en 31 de Julio de 1875, y que estaba conforme con todos los hechos expuestos en la demanda; é invocando, por último, en los puntos de derecho, las leyes 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª; 5.ª, tít. 4.º de la Partida 6.ª; y 8.ª y 20, tít. 22 de la Partida 3.ª, así como los artículos 533, excepción 4.ª, y 535 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que en la réplica insistió la demandante en lo pedido en su demanda, añadiendo á lo en ella alegado que, reconocía que el demandado Oneto no poseía bienes de las testamentarías de su madre ni de su tío, pero que ignoraba si había aceptado ó no el albaceazgo en fideicomiso que como sustituto le confirió aquella, así como otras varias leyes y sentencias de este Tribunal Supremo, con la doctrina legal de ser nulas las renuncias que hacen los hijos de sus futuras sucesiones; y en la dúplica insistió también el demandado en que se le absolviese de la demanda por no tener el carácter con que se le demandaba, solicitando, para el caso de que no se estimase así, que se declarase válida y subsistente la cláusula del testamento cuya nulidad se pretendía, condenando á la demandante á perpetuo silencio y pago de costas, diciendo en su apoyo que la escritura de 31 de Julio de 1875 era de verdadera donación y contrato entre vivos; que no creía que Su Santidad, contra lo prescrito en los sagrados Cánones, hubiera dispensado á la demandante el voto de pobreza que constituía una parte esencial de la profesión religiosa; y que la misma demandante, antes de incoar este pleito, había promovido diligencias en el Juzgado de primera instancia del Puerto de Santa María para que se la declarase heredera abintestato de su madre, sin necesidad de que precediera la declaración en juicio de la nulidad del testamento de la misma por ser innecesaria, en atención á que como heredera que era de su tío D. José María, á ella sola podía interesar el sostener la validez de dicho testamento, á cuya pretensión se opuso el Ministerio fiscal, desestimándola dicho Juzgado:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se hizo uso por ambas partes de diferentes justificaciones; y por fallecimiento de la demandante, se personó en la segunda instancia siendo admitido como parte su heredero el Obispo de Cádiz;

Resultando que en 8 de Marzo de 1890, la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla dictó sentencia confirmatoria con las costas de la segunda instancia á cargo del apelante D. Francisco Oneto y Rivero, declarando que la institución de derecho fideicomisario que por la cláusula 7.ª de su testamento de 9 de Septiembre de 1885 hizo Doña Luisa Casaux y Viñalet en favor de su hermano D. José Casaux y Viñalet y de D. Francisco Oneto, como sustituto, es nula y de ningún valor ni efecto, y que en su consecuencia, por haber muerto la Doña Luisa sin herederos testamentarios, es su única y universal heredera legítima ó abintestato su hija Sor María Luisa Magón de Campaneu y Casaux, sin hacer expresa condenación de las costas de la primera instancia:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes, interpuso D. Francisco Oneto y Rivero recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º y 3.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando en su apoyo como infringidos:

1.º El núm. 4.º del art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil, que reconoce como excepción dilatoria la falta de personalidad en el demandado, por

no tener el carácter ó representación con que se le demanda, y las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, que al definir la sustitución hereditaria, disponen que no será heredero el segundo, si el que fuese establecido primeramente hubiese tomado su herencia ó se haya otorgado por heredero, porque habiendo nombrado Doña Luisa Casaux y Viñalet, albacea y heredero fideicomisario al recurrente para el caso en que falleciese antes D. José Casaux, instituído en primer lugar, sin haber nombrado sustituto, y habiendo el Don José, no sólo sobrevivido á la testadora, sino otorgándose por heredero de ella, es evidente que el recurrente ni es, ni fué, ni puede ser albacea ni heredero de la referida testadora, no pudiendo por consecuencia ser demandado á causa de una herencia de que no tiene representación, y con la que no le liga vínculo jurídico de ninguna clase, interesándose declaraciones de nulidad que pueden afectar á la Hacienda, sin cuya audiencia y conocimiento se ha seguido el pleito:

2.º La ley 2.ª, tít. 3.º, Partida 3.ª, en cuanto dispone que pidiendo el demandador en juicio alguna cosa por suya, debe catar el demandado á quien le pide que no entren pleitos sobre ella si la non tuviese; toda vez que no teniendo el recurrente de hecho ni de derecho *in actu* ni *in potencia* cosa alguna de la herencia de Doña María Casaux, la sentencia desconoce su derecho de no entrar en litigio sobre ella:

3.º La ley 17, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopitación, que prohibe á los religiosos de ambos sexos suceder á sus parientes abintestato, cuya ley está en vigencia, como lo demuestra la sentencia de este Tribnnal Supremo de 12 de Diciembre de 1870, pues no obstante esto, el fallo recurrido declara á la religiosa Sor María Luisa Magón heredera legítima de su madre:

4.º La doctrina legal *lex posterior derogat priori*, y la de que, *ratione legis cesante, cesat lex:* porque el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, qne reconoció á los religiosos el derecho de testamentifacción, está derogado por el Concordato, ley del Estado desde 17 de Octubre de 1851, pues dictada aquella ley para la extinción general de los conventos, y restablecido por ésta el derecho de las Comunidades religiosas, queda en su fuerza y vigor el antiguo derecho que prohibe, con la ley 10, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, que ninguno puede mandar de sus cosas á ome de religión después que ficiere promisión, pero sí á su orden ó monasterio; con la ley 2.ª, tít. 7.º, Partida 1.ª, que impide á los religiosos que tengan cosa alguna propia, non haber propio, y con el cap. 2.º de la sesión 25 de *regularibus* del Concilio de Trento, tenido por ley del Reino desde 1584, que reconoce á las Comunidades, mas no á los religiosos, el derecho de tener bienes; por consecuencia de todo lo cual la demandante, como religiosa profesa, carece de acción para reclamar indebidamente bienes hereditarios;

5.º La doctrina legal *pacta sunt servanda*, pues aunque la voluntad social determinada en la ley no privara á los religiosos del derecho de adquirir y poseer bienes, les constituiría en esta situación la eficacia de sus propias obligaciones, libre y solemnemente contraídas, porque el voto de pobreza impide al religioso adquirir para sí, poseer bienes, tener peculio, usufructo y administración, toda vez que aquel voto significa renuncia de la propiedad y abdicación de las cosas temporales, y habiendo Sor María Luisa Magón otorgado tal voto, no puede después revolverse contra sus legales consecuencias:

6.º El núm 4.º del art. 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la ley 9.ª, tít. 3.º, libro 2.º de la Novísima Recopilación vigente, según el art. 144 del Código penal, porque ni el oficio del Obispo de Cádiz y Algeciras, de que se hace trasunto en la escritura de poder, es prueba de rescripto de Su Santidad autorizando al demandante para reclamar y obtener la herencia, ni el rescripto ha obtenido en su caso el *regium exequatur*:

7.º La ley 18, tít. 6.º, Partida 6.ª, que dispone: que aquel que se oviese una vez otorgado por heredero de otro, non puede después desamparar la herencia, porque según la misma demandante ha confesado, siendo Sor María Luisa Magón, como heredera, la sucesora en los derechos del Don José Casaux, único á quien habría que vencer en el juicio sobre nulidad del testamento, sería preciso que en el hipotético pleito fuera demandante Sor María Luisa Magón, como heredera necesaria de Doña Luisa Casaux, y demandada como heredera representante de los derechos de D. José Casaux, lo cual es absurdo, puesto que nadie litiga consigo mismo, no obstante cuya manifestación, la demandante ha pedido y obtenido la nulidad de su propia herencia:

Y 8.º El art. 359 en sus relaciones con el núm. 3.º del 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque habiendo el recurrente pedido en la contestación y en la dúplica la declaración de que no tenía el carácter ó representación con que se le demandaba, la sentencia no contiene declaración alguna sobre esta pretensión oportunamente deducida en el pleito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que la sustitución vulgar caduca una vez que el primer heredero instituído acepta la herencia, porque entonces falta el motivo que le da vida; lo que sobre hallarse expresamente determinado en la ley 4.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, es una condición necesaria de la institución tal como se define, y en parte regula por las leyes 1.ª y 2.ª del propio título y Partida que se invocan en apoyo del motivo primero del recurso; cuya doctrina es aplicable á la sustitución de los herederos de confianza, salvo lo que el testador dispusiera lícitamente en contrario:

Considerando por ello que tan luego como D. José Casaux, primeramente llamado por la testadora, bajo la denominación de albacea y heredero fideicomisario, no sólo aceptó la herencia, sino que además declaró la parte secreta de su voluntad, reducida á que fueran para el mismo heredero sus bienes, con lo que la institución hecha en su favor se convirtió en libre, caducó por entero, sin haber llegado á tener efecto y sin que ulteriormente pudiera tenerlo el nombramiento de D. Francisco Oneto y Rivero, dispuesto por la propia testadora para el caso de que su primer heredero muriese antes que ella sin nombrar sustituto:

Considerando que despojado por tales actos D. Francisco Oneto del carácter de heredero, perdió toda acción y derecho emanado del testamento, y por lo mismo no llegó á encontrar obligación alguna exigible, bajo cuyo concepto debió ser absuelto de la demanda contra él entablada, y no habiéndolo sido, es visto que se infringen las dos leyes de Partida invocadas en el primer motivo del recurso:

Considerando que estimado ese motivo, es de todo punto ocioso ocuparse de los señalados con los números 2.º y 8.º que le están subordinados; y sería impertinente ocuparse de los demás, que se refieren á la capacidad civil de la demandante, porque su solución, cualquiera que fuese, no afecta al derecho del recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Oneto y Rivero, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 8 de Marzo de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla; y devuélvase á la parte recurrente el depósito de 1.000 pesetas que ha constituído.—(Sentencia publicada el 24 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Febrero del mismo año.)

25

Recurso de casación (24 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Sabina López en pleito con D. Angel Canosa (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no se infringen los artículos 15 y 17 de la ley de Enjuiciamiento civil denegando la defensa por pobre á quien, según resulta de las pruebas apreciadas en conjunto por la Sala sentenciadora, tiene medios de subsistencia superiores al doble jornal de un bracero.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Enero de 1891, en el incidente de pobreza seguido en el Juzgado de primera instancia del Norte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta misma capital por Doña Sabina López y López con D. Angel Canosa y Hernández, propietario, ambos de esta vecindad, y con el Abogado del Estado, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la demandante, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Juan José López y el Procurador D. Luis Soto; habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Julián Herrera y Sancha y el Procurador D. José María Aguirre:

Resultando que Doña Sabina López y López dedujo demanda civil ordinaria en esta corte, que fué repartida al Juzgado de primera instancia de la zona Norte, contra Doña María de la O Hernández y su hijo D. Angel Canosa, como sucesores de D. José Canosa, sobre reivindicación de un terreno situado en el barrio de Chamberí, comprendido en la mitad de la derecha de la calle de Felipe el Hermoso á partir de la línea del paseo de la Habana en toda su latitud hasta la embocadura de la calle de Balmes, y al propio tiempo promovió incidente de pobreza fundada en que no contaba con más medios de subsistencia, en aquella fecha 29 de Septiembre de 1888, que la renta mensual de 36 pesetas que le producía una casa heredada de Doña Dolores Ortuño, sita en el barrio de Chamberí, núm. 10 de la calle del Marqués de la Romana, diciendo además que no pagaba alquiler alguno por la habitación en que vivía, núm. 9 de la calle del Cardenal Cisneros, donde se hallaba por favor; que en otro incidente de pobreza que había deducido para litigar con Doña María de la O Hernández, había sido declarada pobre por sentencia de 16 de Abril de 1887; y que igualmente lo había sido por otra sentencia de 24 del mismo mes para litigar con D. Mateo Cabezas ante el Juzgado del distrito del Este:

Resultando que D. Angel Canosa impugnó la pretensión de pobreza de Doña Sabina, alegando que no poseía terreno alguno en la calle de Felipe el Hermoso, donde se decía situado el que se trataba de reivindicar por la demanda de que se derivaba este incidente; que no conocía ni sabía quién fuera la demandante Doña Sabina y sólo había podido averiguar que unas veces vivía en la calle del Cardenal Cisneros, núms. 9, otras en la Costanilla de San Andrés, núm. 8, ya también en la calle de Gonzalo de Córdoba, núm. 7, y ya en el paseo de Santa Engracia, núms. 17 y 19; y que tenía conocimiento de que la demandante había hecho en época reciente gastos de consideración y satisfecho cantidades de importancia, que procuraría justificar durante el trámite probatorio; invocando, por último, los artículos 17 y 30 de la ley de Enjuiciamiento civil, y por parte del Abogado del Estado se contestó también la demanda, oponiéndose á la pretensión de la demandante mientras no justificase plenamente que se encontraba en las condiciones legales para disfrutar del beneficio que pretendía.

Resultando que recibido el incidente á prueba, se hizo uso por la demandante de la testifical con el fin de justificar los extremos de su demanda, se trajo á los autos un testimonio de una escritura pública otorgada por la misma demandante en Carabanchel Alto en 23 de Junio de 1887, en la que hizo constar que era única y universal heredera de Doña Dolores Ortuño, que había fallecido en esta corte en 10 de Febrero de aquel año; y que los bienes dejados por ésta de que tenía conocimiento consistían en la casa núm. 10 de la calle del Marqués de la Romana, cuyo valor era de 5.800 pesetas, y en dos créditos hipotecarios de 6.500 pesetas en junto, quedando reducido este caudal hereditario, por razón de las bajas que en la misma escritura se relacionan, á 7.278 pesetas con 84 céntimos, y habiendo satisfecho la Doña Sabina á la Hacienda, según cartas de pago unidas, 655 pesetas 11 céntimos por concepto de herencia, y 150 pesetas 63 céntimos por adjudicación; y se testimonió otra escritura otorgada por la misma Doña Sabina en esta corte en 16 de Agosto del mismo año 1887, como adicional á la anterior, con el fin de poder inscribir en el Registro de la propiedad á su nombre las porciones de terreno que le correspondían por herencia de la misma Ortuño en las calles de Felipe el Hermoso, Medellín y Marqués de la Romana, y otorgar á favor del Ayuntamiento la oportuna escritura de venta de los trozos tomados para alineación y ensanche de las calles de Viriato y Santa Engracia, describiéndose en esta escritura los terrenos á que se refiere, en la forma siguiente: primero, la porción de terreno tomada para la apertura de la calle del Norte, llamada después de Felipe el Hermoso, que comprendía la mitad de dicha calle desde su eje hasta la línea del Este de la misma en toda su longitud desde la línea del paseo de la Habana hasta el eje de la calle de Viriato, ocupando una superficie de 351 metros, 60 decímetros cuadrados, bajo los linderos que se señalaban, valuada para los efectos de la liquidación del impuesto en 1.758 pesetas; segundo, la porción de terreno tomada para la apertura de la calle de Medellín, que comprendía la mitad de ella desde su eje hacia el Norte en toda su longitud, y ocupaba una superficie de 257 metros 33 decímetros cuadrados, bajo los linderos que se determinaban, valorada para los mismos efectos que la anterior en 1.286 pesetas 65 céntimos; tercero, otra porción de terreno tomada para la apertura de la calle del Marqués de la Romana, que comprendía toda su anchura en toda su longitud desde la calle de Santa Engracia hasta la de Felipe el Hermoso, y de allí en adelante la mitad desde su eje hasta la línea del Norte, ocupando una superficie de 357 metros 98 decímetros cuadrados con los linderos que se determinaban, valuada con el mismo fin en 1.789 pesetas 90 céntimos; cuarto, otra porción de terreno tomada para la apertura de la calle de Viriato, comprensiva de la mitad de ella desde su eje hacia el Sur en toda su longitud desde la calle de Santa Engracia hasta el eje de la de Felipe el Hermoso, ocupando una superficie de 77 metros cuadrados, valuada para los mismos efectos, y por quedar para calle al tipo fijado por el Ayuntamiento como precio para la expropiación, en 1.232 pesetas; y quinto, otra porción de terreno tomada para la alineación y ensanche de la calle de Santa Engracia que formaba una faja desde la línea exterior de árboles hasta la de Oeste de la calle, de 11 pies de ancha en toda su longitud, desde frente al eje de la calle de Medellín hasta la de Viriato, ocupando una superficie de 222 metros 3 decímetros cuadrados, valuada al mismo tipo fijado para su expropiación por el Ayuntamiento en 3.552 pesetas 48 céntimos, constando además en esta escritura que por el valor total asignado á dichos terrenos había satisfecho la otorgante Doña Sabina al Tesoro público en concepto de herencia 865 pesetas 71 céntimos, y por honorarios de liquidación 13 pesetas 60 céntimos:

Resultando que á instancia también de la demandante se trajo á los

autos certificación de la súplica de la demanda civil ordinaria que había deducido en 26 de Julio de 1888 contra D. Mateo Cabeza sobre reivindicación del terreno comprendido en la proyectada calle del Marqués de la Romana, desde la de Santa Engracia en toda su longitud y latitud hasta la mitad de la calle de Felipe el Hermoso y del comprendido en la mitad de esta calle desde su unión con la anterior hasta la mitad de la calle de Viriato, que eran propiedad de la demandante por herencia de Doña Dolores Ortuño, y se testimoniaron diferentes particulares del incidente de pobreza que dedujo con motivo de aquella misma demanda reivindicatoria, que fundó en los mismos hechos que la deducida en el incidente de que se trata, entre ellos la sentencia que dictó el Juzgado del Este, declarando á Doña Sabina pobre para litigar con D. Mateo Cabeza:

Resultando que á instancia del Abogado del Estado, como única prueba propuesta por el mismo, manifestó en oficio el Alcalde de barrio de Chamberí que Doña Sabina López se hallaba empadronada en la calle del Cardenal Cisneros, núm. 9, por el cabeza de familia D. Celestino Forcada, no constando que pagara alquiler ni que tuviera criado alguno; y por parte de D. Angel Canosa se trajeron á los autos una comunicación del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de esta corte, expresiva de que con fecha 30 de Junio de 1887 se mandó abonar á Doña Dolores Ortuño 4.784 pesetas 48 céntimos por el importe de 299 metros y 3 decímetros de terreno tomados para las calles de Santa Engracia y Viriato, cuya suma había sido entregada á Doña Sabina en concepto de heredera de aquélla en 9 de Enero de 1888; otra del Delegado de Hacienda de la provincia, en la que se hace constar que Doña Sabina López había satisfecho por derechos de transmisión de los bienes de Doña Dolores Ortuño las cantidades ya expresadas al relatar las dos escrituras de descripción de dichos bienes, y un testimonio de particulares del incidente de pobreza que tenía promovido la misma Doña Sabina para litigar con Doña María de la O Hernández, del que aparece que en oficio obrante en dichos autos manifestó el Alcalde Presidente del Ayuntamiento que el jornal que se daba á un bracero en esta corte era el de una peseta 50 céntimos por cada día de trabajo; y que según recibo presentado por Doña Sabina, pagaba ésta 17 pesetas 88 céntimos por trimestre de contribución territorial:

Resultando que en virtud de auto para mejor proveer dictado en la segunda instancia, se manifestó por el Alcalde del Ayuntamiento, que desde el día 1.º de Enero de 1888 hasta aquella fecha, 2 de Diciembre de 1889, no se había acordado más pago á favor de Doña Sabina López, por expropiación de terrenos para calles en el ensanche, que el de 123.512 pesetas 90 céntimos, importe 1.772 metros 15 decímetros de terreno expropiables para la calles de Santa Engracia, Sagunto, Castillo y Habana, á satisfacer en seis ejercicios económicos en la forma que hacía presente, añadiendo que tal expropiación no se refería á la totalidad de la finca ó fincas que la Doña Sabina pudiera poseer en las calles enumeradas, sino á las superficies que se tomaban para vía pública, y que como quiera que hasta aquella fecha no había sido escriturado el acuerdo del Ayuntamiento, no había podido hacerse efectiva cantidad alguna referente al mismo:

Resultando que en 10 de dicho mes de Diciembre de 1889 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte sentencia revocatoria, declarando no haber lugar á conceder á Doña Sabina López y López el beneficio de pobreza que pretendía para litigar con D. Angel Canosa Hernández sobre reivindicación de unos terrenos, condenándola al pago de las costas de ambas instancias y al reintegro del papel sellado invertido en este incidente y en los autos principales:

Resultando que Doña Sabina López y López interpuso recurso de ca-

sación por infracción de ley, fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo:

1.º Que la sentencia infringe el núm. 1.º del art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, que ordena podrán ser declarados pobres los que viven sólo de rentas cuyo producto esté graduado en una suma que no exceda de la equivalente al doble jornal de un bracero en cada localidad, puesto que habiendo justificado cumplidamente la recurrente que no posee más que una casa que le produce 40 pesetas anuales, y no habiéndose probado que pueda tener otras rentas que las que obtuviera de la suma de 4.784 pesetas que cobró del Ayuntamiento de esta corte por expropiación de 299 metros cuadrados de terreno, correspondiente á dos parcelas en las calles de Viriato y Santa Engracia, se ha supuesto que goza de rentas superiores al doble jornal de un bracero en esta corte, cuando admitiendo que conservara esta cantidad íntegra, y obtuviera un 6 por 100 de renta por ella, resultarían 287 pesetas, que unidas á las 400 que le produce la casa, sin rebajar la contribución justificada en autos, arrojan un total de 767 pesetas, suma conocidamente inferior á la de 1.095 pesetas á que asciende el doble jornal de un bracero, que según informe del Ayuntamiento, es de 3 pesetas, puesto que el jornal que se paga á cada uno es el de una peseta 50 céntimos:

2.º Que asimismo infringe el fallo recurrido el art. 17 de la ley de Enjuiciamiento civil al negar á la recurrente el beneficio de pobreza, en el supuesto de que habiendo pagado 1.671 pesetas y céntimos en concepto de impuesto de derechos reales por legados hechos á su favor por Doña Dolores Ortuño, y habiendo cobrado del Ayuntamiento de esta corte, como heredera de la misma, 4.784 pesetas, es evidente que debe contar con un capital y medios superiores al doble jornal de un bracero de esta localidad, incurriendo con este supuesto en el error de hecho de admitir que esa cantidad, pagada por derechos reales, haya sido por bienes distintos de los que la recurrente ha justificado corresponderla por medio de testimonios traídos á los autos en forma legal de las escrituras públicas de 17 de Junio y 16 de Agosto de 1887, según las cuales la cantidad de 1.671 pesetas se pagó por la recurrente como impuesto de derechos reales á razón del 9 por 100 cuando adquirió la casa de la calle del Marqués de la Romana, número 10, varias parcelas de terreno, comprendidas en calles del ensanche, de que no ha tomado posesión, y los 299 metros cuadrados, comprendidos en las calles de Santa Engracia y Viriato, cuyo precio de 4.784 pesetas y céntimos recibió del Ayuntamiento, y por tanto lo que había que resolver era si las rentas producidas por estos mismos bienes ascendían á mayor suma que la del doble jornal de un bracero, en la localidad, en vez de tomar los dos hechos indicados como signos exteriores para deducir la consecuencia que previene el art. 17 citado, aplicado al caso de autos con evidente error:

3.º Que al apreciar las pruebas la Sala sentenciadora ha procedido con notorio error de derecho infringiendo la ley 16, título 22, Partida 3.ª, en cuanto ésta ordena al juzgador que antes de dictar su fallo debe cuidar escrupulosamente qué cosa es aquella sobre lo que contienden las partes, de qué manera hacen la demanda, y especialmente y *sobre todo qué averiguamiento ó qué prueba es fecha sobre ella,* puesto que ha prescindido en absoluto de la parte de prueba documental propuesta y practicada á instancia de la recurrente, que consiste en el testimonio de las dos escrituras públicas que se dejan citadas en el número anterior, en las notas de liquidación de derechos reales puestas en ella, en las pruebas practicadas en el incidente para litigar con D. Mateo Cabeza, en las súplicas de las demandas entabladas contra éste y contra D. Angel Canosa y su madre, en los autos, en el recibo de la contribución territorial que paga la recurrente,

y en la certificación expedida por la Administración de Contribuciones de esta provincia, dando lugar esta infracción legal á que la cuestión debatida y objeto de prueba en estos autos se haya resuelto bajo un supuesto completamente erróneo, y por consiguiente injusto, cual es el de que no se ha probado la demanda:

4.° Que al apreciar la Sala sentenciadora la prueba que ha estimado oportuno, ha incurrido en el error de hecho de suponer que la recurrente posee otros bienes y disfruta de otras rentas que los que aparecen justificados en autos, fundada en una apreciación que el Alcalde de esta corte tuvo á bien deslizar en una comunicación que remitió á la Sala sentenciadora, en vez de la certificación que se le había pedido, cuyo error patentiza las dos citadas escrituras de 16 de Junio y 17 de Agosto, el recibo de la contribución territorial que paga la recurrente, que según el resultando primero de la sentencia misma asciende á 17 pesetas y céntimos al trimestre, y la certificación expedida por el Administrador de Contribuciones de esta provincia, que como documentos públicos y solemnes merecen entero crédito;

Y 5.º Que igualmente, al apreciar la prueba la Sala sentenciadora, ha incurrido en un error de derecho al tener en cuenta para denegar el beneficio de pobreza á la recurrente, que ésta debe cobrar cuando la cobre, si es que á ella perteneciera cobrarla, la respetable cantidad que el Ayuntamiento de esta corte manifiesta que ha de percibir, cuando consta que no la ha percibido al dictarse la sentencia, con lo que infringe la doctrina legal, que deducida de los artículos 15 y 33 de la ley de Enjuiciamiento civil, este Tribunal Supremo ha formulado declarando en sentencia de 17 de Junio de 1875 que la declaración de pobreza se ha de atemperar á los hechos tal como existan cuando se dicte la sentencia.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la Sala sentenciadora, estimando los hechos de ser la recurrente dueña por título de herencia de Doña Dolores Ortuño de las fincas por la misma descritas en las escrituras de 23 de Junio y 16 de Agosto de 1887, de haber satisfecho una cantidad considerable por su transmisión, de haber cobrado por expropiación de una parte de ellas más de 4.000 pesetas y de tener reconocido por el mismo concepto el derecho de cobrar más de 120.000, sienta que sus medios de subsistencia son superiores al doble jornal de un bracero, y por lo tanto le deniega justamente el beneficio de pobreza con arreglo á los artículos 15 y 17 que se suponen infringidos:

Considerando que en la apreciación de las pruebas no ha incurrido la Sala en los errores de hecho que le atribuye el recurso, porque no se funda, como se afirma en el mismo, en que lo satisfecho por derecho de transmisión corresponde á bienes distintos de los descritos como herederos de Doña Dolores Ortuño, ni en que las fincas de la recurrente á que se refiere el oficio del Alcalde de Madrid sean de mayor cabida que lo acordado expropiar, sino en que los hechos de haber heredado aquellos bienes, de haber satisfecho puntualmente un impuesto considerable y de haber recibido y deber recibir por expropiaciones las sumas de que queda hecho mérito, revelando una posición muy superior á la del que cobra sólo la equivalente al doble jornal de un bracero:

Considerando que la sentencia se apoya en las pruebas aducidas, apreciándolas en su conjunto y dando á los hechos que resultan su valor actual, y por lo tanto que no existen tampoco en ella los errores de derecho que alega la recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Sabina López y López, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta

corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 24 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Julio del mismo año.)

26

Recurso de casación (27 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco y D. Venancio del Río en pleito con D. Antonio y D. Juan Domínguez (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que aun cuando el reconocimiento de unos documentos se haya verificado fuera del término probatorio, si la Sala sentenciadora funda su fallo en otras pruebas, no infringe los artículos 276 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y 577 de la de 1881:

Que no se infringe el principio de que en toda liquidación queda á salvo el derecho de enmendar los errores ú omisiones que se padecen, ni la ley 30, título 11, Partida 5.ª, que lo sanciona, si precisamente la Sala sentenciadora elimina de unos extractos de cuentas partidas de cargo y data, reconociendo expresamente que contra ellas cabía una impugnación concreta por los errores que en las mismas se hubiesen cometido:

Que no es de estimar la infracción del art. 243 del antiguo Código de Comercio, por desconocer la perfección de los contratos celebrados por correspondencia desde que el que recibió la propuesta en tal forma expida la contestación, aceptándola pura y simplemente, si en las cuentas de que se trata no se concertó negocio alguno, ni se trató en ellas de ultimar ninguna diferencia entre sus autores, sino simplemente de comunicarse partidas para su asiento en la contabilidad respectiva:

Que si la Sala sentenciadora no ha desatendido los medios de prueba suministrados por las partes, sino que los ha apreciado y razonado sobre ellos estimándolos en conjunto, no infringe las leyes 114 y 119, tít. 18, y 2.ª, tít. 13, Partida 3.ª, ni el art. 508 de la de Enjuiciamiento civil:

Que son requisitos esenciales de la confesión que haya de terminar el juicio en la materia sobre que recaiga, que se otorgue con libertad ante el Juez del pleito pendiente, y que sea cierta sobre el hecho ó circunstancia que con ella se quiera probar:

Que no pueden ser objeto de casación las reclamaciones que no se produjeran oportunamente al fijar el debate en primera instancia:

Que la sentencia que no resuelve la terminación de una sociedad por las causas del art. 329 del Código de Comercio, sino que parte de su terminación y liquidación como de un hecho probado y reconocido por todos antes del pleito, no infringe dicho artículo, ni el 338 y 349 del mismo Código:

Que por los artículos 312 y 316 del Código de Comercio está prohibido á los gerentes negociar por su cuenta y en su beneficio exclusivo.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador de Granada y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, por Don Francisco y D. Venancio del Río Martínez, como gerentes de la Sociedad Río Hermanos, del comercio de la ciudad de Valparaiso en la República de Chile, representados por el Procurador D. Manuel Martín Veña y defendidos por el Doctor D. Germán Gamazo, con D. Antonio y D. Juan Domínguez de Gregorio, vecinos y del comercio de Granada, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, bajo la dirección del Licenciado Don Pedro Díaz Cassou, sobre pago de pesetas:

Resultando que D. Antonio Domínguez, como socio y representante de la Sociedad denominada Domínguez Hermanos, D. Francisco del Río por sí, y D. Ceferino Alfaro, todos vecinos y del comercio de la ciudad y puerto de Valparaiso, otorgaron escritura en ella á 3 de Febrero de 1864, por la que, para seguir con los establecimientos que Domínguez Hermanos tenían establecidos en aquella plaza y en el puerto del Tomé, formaron una Sociedad en comandita de comercio, bajo la razón social de Río y Alfaro, siendo su duración de cuatro años, que podrían prorrogarse por otros dos si conviniese á D. Francisco del Río y D. Ceferino Alfaro, que tendrían que anunciarlo con cuatro meses de término; Sociedad que formaban con los pactos, entre otros, siguientes: primero, que Domínguez Hermanos cedían á la Sociedad los establecimientos que tenían en aquella plaza y la del Tomé, con todas sus mercaderías, á los precios de coste, según los correspondientes balances practicados en presencia de los mismos interesados; segundo, que los gerentes de la Sociedad serían D. Francisco del Río y D. Ceferino Alfaro, que usarían indistintamente de la firma; tercero, que Domínguez Hermanos, socios capitalistas comanditarios, aportaban 30.000 pesos; D. Francisco del Río, socio industrial, gerente y capitalista, 8.135 pesos 30 centavos; y D. Ceferino Alfaro, socio gerente de igual clase, 750 pesos; cantidades que componían la suma de 38.885 pesos 30 centavos, que era el capital social que obraba en poder de la misma Sociedad indicada; cuarto, que sería de cuenta de Río y Alfaro pagar en el término de tres meses en dinero efectivo el capital sobrante de los 30.000 pesos que resultase á favor de Domínguez Hermanos en la cesión de sus establecimientos; quinto, cuantos negocios hicieran los gerentes serían á nombre de la Sociedad, quedando también á su cargo la solvencia de los créditos por cuenta de la misma, según convenio y formas establecidas en las plazas donde se hagan; séptimo, que la nueva Sociedad no sería responsable de los créditos anteriores al 19 de Diciembre de 1863 que al tiempo de la liquidación existieran en la casa del Tomé, los cuales correrían de cuenta de Domínguez Hermanos y D. Francisco del Río en particular, á quienes se adjudicarían por iguales partes en pago de su capital; octavo, que los créditos sociales que al finalizar el contrato no hubiesen sido realizados, tanto en Valparaiso como en la casa del Tomé, serían adjudicados como plata efectiva por iguales partes á D. Francisco del Río y D. Ceferino Alfaro; décimo, que ninguno de los socios podría retirar parte alguna del capital impuesto hasta ser cumplido el término de la Sociedad, agregándose á él las utilidades líquidas de cada año; once, que á cada socio se llevaría una cuenta, así de imposición como particular, anotando sus gastos particulares ó cantidades que tomara para ellos, que se le deducirían de las utilidades de su participación; doce, que los socios capitalistas Domínguez Hermanos llevarían también su cuenta de capital inscrita en el libro mayor, y tanto en ella como en la de los socios gerentes se adjudicarían anualmente las utilidades y pérdidas que resultasen de los inventarios anuales; trece, que cumplido el término de los cuatro años estipulados cesarían Domínguez Hermanos de tener parte y responsabilidad en el negocio, considerándose fuera del compromiso; pero si á los gerentes les conviniese la prórroga por los dos años, quedarían con la misma responsabilidad hasta finalizar los seis; catorce, que en cualquiera de los dos casos, y luego que hubiera terminado la Sociedad, sería de cuenta de los dos socios gerentes Río y Alfaro reembolsar á Domínguez Hermanos del valor del capital impuesto con las utilidades que les hubieran correspondido, en letras sobre Inglaterra, Francia ó España, siendo de cuenta de Río y Alfaro el quebranto ó descuento del cambio, concediéndoles para el pago tres plazos de siete, catorce y veintiún meses; dieciséis, que para la repartición de ganancias ó pérdidas representaría cada socio una tercera

parte; y diecisiete, que llegado el término de la Sociedad sería de cuenta de los gerentes liquidar todos los créditos, no pudiendo concluirla entre sí hasta que no cubrieran todos sus compromisos, considerándose entre ellos el capital impuesto por cada socio, que debería ser pagado á cada uno en plata efectiva, y repartiéndose después entre sí la parte de utilidades líquidas que les hubieran correspondido, tomando cada uno lo que le correspondiera en mercaderías, dinero ó deudas, si las hubiese:

Resultando que en 28 de Diciembre del mismo año 1864 otorgaron otra escritura los mismos otorgantes de la anterior, por la que convinieron en la separación de la Sociedad de D. Ceferino Alfaro, á contar desde el día anterior, tomando la cantidad de 2.500 pesos por su haber social y las utilidades que pudieran haberle correspondido hasta la indicada fecha, renunciando á toda reclamación y quedando exento de toda responsabilidad, continuando en la dirección de los negocios de la Sociedad el socio D. Francisco del Río:

Resultando que D. Antonio Domínguez, socio representante de Domínguez Hermanos, y D. Francisco del Río, por otra escritura otorgada en la misma ciudad y puerto de Valparaíso en 14 de Enero de 1865, convinieron en asociar á la expresada Sociedad, con el mismo carácter y con la misma proporción que antes tenía en ella D. Ceferino Alfaro á D. Venancio del Río, el cual, presente al acto, aceptó dicha declaración, constituyéndose socio de los antedichos, bajo las mismas condiciones de la escritura de 3 de Febrero de 1864, declarando los tres que desde aquella fecha llevaría la Sociedad la denominación de Río Hermanos, y usarían de la firma indistintamente los socios D. Francisco del Río y D. Venancio del Río:

Resultando que D. Antonio Domínguez, como socio de la Sociedad Domínguez Hermanos, confirió en Valparaíso, con fecha 23 de Febrero de 1865, un poder general á Río Hermanos para que cobrasen y percibiesen judicial ó extrajudicialmente cuanto se les adeudara á Domínguez Hermanos por cualquier título, causa ó razón, para que entendieran ó conocieran en todo lo concerniente á los buques pertenecientes á la Sociedad demandante, los cuales podrían también vender por el precio y condiciones que juzgasen conveniente; facultando además á los apoderados para que ante los Juzgados y Tribunales competentes ejercitasen los derechos é hicieran las gestiones que más convinieran á los derechos encomendados, dándoles cuantas facultades se requiriesen para el mejor desempeño del mandato, con facultad de sustituirle:

Resultando que en el año de 1865 convinieron Río Hermanos y Domínguez Hermanos en realizar un negocio de cuentas en participación, sobre remesa de harinas á Australia, el cual tuvo lugar en Septiembre de dicho año, con cuyo motivo mediaron entre ellos diferentes cartas, fijando el resultado de dicho negocio Río Hermanos en la cuenta oportuna con saldo á favor de Río Hermanos de 4.862 pesos; cuenta que comunicaron á Domínguez Hermanos en 6 de Marzo de 1869, los cuales prestaron su conformidad en carta del mismo día:

Resultando que D. Francisco del Río, como socio y representante de la Sociedad de Río Hermanos, otorgó escritura en Valparaíso á 25 de Octubre de 1865, por la que confirió poder general á las Sociedades Dickson, Harker y Compañía, Myers, Bland y Compañía y Besa, Salinas y Compañía, para que, juntas ó separadas, conociesen y administrasen los negocios y juicios que tuviese pendientes y se le ocurrieran; facultándoles para comprar y vender mercaderías y bienes, realizar sus casas de comercio, cobrar y percibir adeudos y pagar lo que debiese ó resultase en su contra, y representarle en juicio:

Resultando que obligados D. Venancio y D. Francisco del Río á an-

sentarse de Valparaíso, á causa de los disturbios políticos y de la guerra hispano chilena, Myers, Bland y Compañía hicieron uso del poder que queda mencionado, y encargándose de la gestión de la Sociedad en comandita Río Hermanos, formaron extracto de cuenta en 14 de Junio de 1866 de las operaciones de dicha Sociedad y gastos de buque desde que dichos apoderados se hicieron cargo, refiriéndose á éstos las cartas de Myers de 14 de Abril, 29 de Septiembre y 31 de Octubre de 1866:

Resultando que gestionados también por Myers, Bland y Compañía, al ausentarse Río Hermanos de Valparaíso, los asuntos referentes al mandato que en 23 de Febrero de 1865 confirieron Domínguez Hermanos á Río, con carta de 13 de Noviembre de 1866, remitieron á Domínguez las cuentas de los negocios relacionados con el mandato, formadas por poder de Río Hermanos y fechadas en 10 de Noviembre de 1866 y 22 de Octubre de 1867, comprensiva ésta de transacciones anteriores y posteriores á la liquidación de Río, y ofreciendo la primera, ó sea la de 10 de Noviembre de 1866, un saldo á favor de Domínguez Hermanos de 6.778 pesos 84 centavos, abonado á los mismos; refiriéndose á este extremo, ó sea al saldo, la carta de 27 de Marzo de 1867 de Myers á Domínguez, el recibo de igual fecha de Guillermo Gibbs y Compañía, y las cartas de éste á Domínguez de 2 de Noviembre de 1867 y 17 de Febrero de 1868; y por lo que hacía á la cuenta de 10 de Noviembre de 1866, la carta de Domínguez á Myers de 10 de Septiembre de dicho año, su contestación en 31 de Octubre del mismo, otra de 13 de Noviembre de Myers á Domínguez, remitiendo dicha cuenta, la de 23 y 26 de Noviembre de Río á Domínguez, y la de 3 de Diciembre de 1866 de éste á aquél:

Resultando que en carta de 5 de Mayo de 1866, D. Francisco del Río encargó á Domínguez Hermanos que se sirvieran poner 2.300 pesos en Londres en letras á favor de los Sres. Antonio Gibbs é Hijos, á fin de que éstos, tan luego como dicha cantidad fuera efectiva, la abonasen en cuenta de los Domínguez, los que, con aviso del cobro, tendrían dicho valor á favor de D. Francisco Tornero; cuyos 2.300 pesos en la mencionada carta de 6 de Marzo de 1869 adeudaron Río Hermanos á los Domínguez, quienes prestaron su conformidad en la otra de igual fecha:

Resultando que en 3 de Junio de 1866, Domínguez Hermanos, por encargo ó comisión de Río Hermanos, recibieron en la ciudad de Sevilla de D. Francisco Petit 5.000 libras esterlinas por cuenta y en cancelación de Río Hermanos, según carta-orden de Petit á cargo de Antonio Gibbs é Hijos de Londres, cuyo recibo se relaciona con la carta de Petit, fechada en Iquique (Perú) á 14 de Diciembre de 1875, dirigida á D. Francisco del Río, en la que Petit manifestaba que el saldo que debía á Domínguez Hermanos antes de ir éstos á España pasó al *haber* de Río Hermanos, y por consecuencia, nada debía á los Hermanos Domínguez; que lo que únicamente tenía pendiente con éstos era una partida de manteca á comisión, y la cual fué también abonada en Sevilla en igual fecha, y si algo más les hubiera debido lo hubieran cobrado, como cobraron, 5.000 libras esterlinas por saldo de la cuenta que Petit tenía con Río Hermanos, según recibo, cuya carta fué recenocida por Petit ante el Juez de letras de Iquique, siendo los 25.000 pesos adeudados por Río á Domínguez en carta de 6 de Marzo de 1869, manifestando Domínguez su conformidad con la cantidad adeudada en otra carta de igual día, mes y año:

Resultando que D. Venancio del Río, en carta fechada en Tomé á 26 de Octubre de 1868, participó á Domínguez Hermanos haber conseguido el más completo arreglo con los acreedores de la Sociedad en comandita, obteniendo la cancelación lisa, llana y en absoluto del pasivo, y la devolución de documentos, enviándoles al efecto copia del convenio hecho con aquéllos, quedando por el arreglo en situación absolutamente libre, pues

sólo restaba allanar con D. Antonio Animat Hermanos un crédito pendiente de 3.000 pesos, que no entró en el arreglo, manifestándoles á la vez la necesidad de resolver acerca de la liquidación y cancelación de la Sociedad que había acabado, antes que por el transcurso de su término, por el involuntario caso fortuito y extraordinario de la guerra, habiendo propuesto como base de sus solicitudes un activo nominal de 45.000 pesos, compuesto de 14.000 pesos en deudas y mercaderías pertenecientes á la casa, 12.000 pesos que los acreedores tenían en su poder de la casa de Valparaíso en créditos por cobrar y depósito en el Banco que también cedieron, y los 19.000 pesos procedentes del pago que hizo Petit, quedando, quitando los 3.000 pesos que se adeudaban á Animat, 42.000 pesos fuertes, cuya cantidad debería ser la base de los acuerdos para la liquidación, sin perjuicio de las demás cantidades que pudiera haber ilíquidas; que la cuestión era á quién deberían pertenecer esos 42.000 pesos y demás capitales salvados que constituían la nominal existencia actual, entendiendo que debían partirse por igual entre Domínguez, D. Francisco y D. Venancio del Río; bien entendido, que una tercera parte para cada uno debía comprender lo realizado y lo incobrable, cancelando así la Sociedad en comandita Río Hermanos, aguardando la resolución definitiva:

Resultando que el convenio á que se refiere la carta anterior se halla contenido en el acta que en 7 de Septiembre de 1878 suscribieron en Valparaíso los acreedores de la casa de comercio que había girado bajo la razón social de Río Hermanos, los cuales, oída la súplica de D. Venancio del Río, gerente de dicha Sociedad, para que se perdonara lo que aún debía su firma, y en mérito de la honradez y probidad de Río Hermanos, acreditada plena y suficientemente con el solo hecho de haber depositado todos sus capitales en mucha mayor cantidad de la que debían, nombrando apoderados que representasen sus intereses y cancelasen el pasivo de los débitos con los menos perjuicios posibles; vistas las pérdidas y perjuicios tan injustos que Río Hermanos habían sufrido sin culpa suya, atendiendo á las circunstancias que lo motivaron contra su voluntad, y con el fin de que pudieran volver á trabajar en su giro mercantil sin entorpecimiento de ninguna clase, convinieron, cada uno en particular y todos conjuntamente, en entregar cancelados todos los documentos á cargo de Río Hermanos por el 75 por 100 ya cobrado, perdonándoles lo demás por gracia y desde la fecha del convenio; por lo cual quedaban Río Hermanos libres y exentos de toda responsabilidad para lo sucesivo, subrogándoles en todo los hermanos Río solos; subrogación que no se menciona en la copia del convenio remitida por Río á Domínguez en 26 de Octubre de 1868, constando en la copia expedida por el Archivero general del Departamento de Valparaíso, en la que aparecía asimismo la aceptación de D. Venancio del Río, por sí y por su hermano D. Francisco, y la diligencia de reconocimiento de firmas de los acreedores que suscribieron el convenio:

Resultando que Myers, Bland y Compañía, Dickson, Harker y Compañía y Besa, Salinas y Compañía, apoderados y representantes de Río Hermanos, según el poder de 27 de Octubre de 1865, formaron cuenta de comisión sobre la cantidad de 186.742 pesos 57 centavos, recaudados por cuenta de Río Hermanos desde el 1.º de Noviembre de 1865 hasta el 7 de Septiembre de 1868, según constaba del libro de Caja á razón de un 5 por 100, y la cantidad de 9.339 pesos de su importe la renunciaron y cedieron, cada uno por la tercera parte que le correspondía, á favor exclusivo de D. Venancio del Río, que aceptó el endoso, reconociendo dichos apoderados la cuenta de comisión y cesión ante el Juez Letrado de Valparaíso:

Resultando que en carta de 6 de Marzo de 1869, dirigida por Río Hermanos á Domínguez Hermanos, les manifestaron que con objeto de poder

arreglar sus apuntes en debida forma y de conformidad, pasaban á manifestarles que en las fechas respectivas les tenían adeudados en cuenta 8.461 pesos 81 centavos, por saldo á favor de Río en la cuenta de Valparaíso hasta fin de Octubre de 1865, según estado que ya tenían en su poder; 1.451 pesos 88 centavos, por los desembolsos de Río Hermanos por su cuenta para pago á Antonio Carpintero; el valor é intereses de tres pagarés á favor de Domínguez y cargo de Echevarría Hermanos de Melipilla; 1.824 pesos 64 centavos por suplidos por Río por cuenta del Domínguez en sus buques en la casa del Tomé en 19 de Octubre de 1865 y 18 de Enero de 1866: 10 pesos suplidos por Río por cuenta de Domínguez en un poder conferido á D. Bonifacio Caballero, Capitán de la barca *Domínguez Hermanos* en 15 de Abril de 1866; 2.300 pesos por remesa efectiva por cuenta de Río desde Mendoza en 4 de Mayo de 1866, por mediación de Guillermo Gibbs y Compañía, de Valparaíso; 25.000 pesos por efectivo que Domínguez Hermanos habían cobrado por cuenta de Río de D. Francisco Petit, de Iquique; 4.862 pesos 40 centavos por parte que les había correspondido en la liquidación del cargamento de harinas por la barca *Domínguez Hermanos,* cuyo valor obraba en su poder; teniéndoles abonado en la misma 100 pesos por su remesa en efectivo por cuenta de Río á su familia; 400 pesos por su entrega en efectivo por cuenta de Río á D. Francisco del Río; 31 pesos 85 centavos por efectivo cobrado por su cuenta, valor de su carta-orden á favor de D. Francisco del Río y cargo de D. Francisco García del Pradillo; 240 pesos por su pago por cuenta de Río á Salvador Vidal y Compañía por saldo de calzado; 15 pesos por su pago por cuenta de Río á A. Dolhata, de Bayona, por correspondencia de Chile; 5.200 pesos por saldo que arrojaba á su favor la cuenta adjunta por productos y gastos de sus buques; todas cuyas partidas de cargo y abono esperaban las tendrían acreditadas ó las acreditarían en cuenta de conformidad y cada una de por sí; dándoles el oportuno aviso con la brevedad posible, insertándose á continuación de la carta la cuenta:

Resultando que en la propia fecha de 6 de Marzo de 1869 contestaron Domínguez Hermanos, á Río Hermanos, que eran conformes las partidas que les tenían debitadas, importantes 43.910 pesos 73 centavos, las cuales les tenían abonadas en sus correspondientes fechas y por los mismos conceptos que en su carta mencionaban; que de igual modo les tenían debitados 5.989 pesos 90 centavos en sus diversas fechas y partidas; que el saldo que resultaba de los anteriores apuntes, todos pertenecientes á la Sociedad Río Hermanos, de Valparaíso, de la que formaban parte, sería arreglado tan luego como les remitieran desde aquel puerto un estado de cuentas, para de conformidad hacer la liquidación de la escritura que para la formación de la Sociedad fué otorgada en Valparaíso en 3 de Febrero de 1864:

Resultando que con fecha en Valparaíso á 15 de Septiembre de 1865, firmaron los hermanos Río un pagaré de 11.913 pesos 57 centavos á la orden de Animat Hermanos; de cuya cantidad recibieron éstos en el Tomé el 75 por 100, ó sean 8.935 pesos 18 centavos en varios dividendos, endosado después á la orden y disposición de D. Venancio del Río el resto de 25 por 100 del capital y los intereses correspondientes al importe total del documento, valor recibido, 1.500 pesos en dinero efectivo y el resto lo renunciaron y cedieron á favor exclusivo de dicho D. Venancio, que aceptó en los términos expresados; hechos ratificados por Animat en acta notarial de 12 de Diciembre de 1882 otorgada en la ciudad de la Concepción:

Resultando que formada por Río Hermanos cuenta de gastos de buques propiedad de Domínguez Hermanos, con un saldo á favor de éstos de 5.200 pesos, y comunicada á éstos en la carta citada de 6 de Marzo de 1869, se conformaron en la ya tan referida de igual fecha:

Resultando que en 6 de Marzo y 1.º de Abril de 1869 y 12 de Mayo de

1870, comunicaron Río Hermanos á Domínguez Hermanos las diversas cantidades que les tenían adeudadas y abonadas en cuenta corriente; y en 6 de Marzo y 7 de Abril de 1869 y 27 de Julio de 1870, aceptaron Domínguez Hermanos los adeudos y abonos:

Resultando que D. Venancio del Río, por sí y como apoderado de su hermano D. Francisco del Río, dedujo en 17 de Septiembre de 1870 demanda ejecutiva contra D. Antonio Domínguez, gerente de la Sociedad Domínguez Hermanos, sobre pago de 52.925 pesos fuertes 99 centavos, total importe del alcance con réditos á favor de Río Hermanos al 31 de Agosto de 1869; y despachada ejecución por 25.000 pesos fuertes de Don Francisco Petit, recibidos por Domínguez en depósito y á la orden de Río Hermanos; y 2.300 pesos fuertes de una letra girada sobre Inglaterra, recibidos también en igual concepto, se hicieron los oportunos embargos y se citó de remate al deudor, el cual se opuso, solicitando se declarase nula la ejecución, ó no haber lugar á sentenciar de remate, por concurrir las excepciones de novación, falta de personalidad en el ejecutante, pacto ó promesa de no pedir y compensación; alegando que los 25.000 pesos recibidos de D. Francisco Petit para tenerlos en depósito ó á disposición de Río Hermanos, como los 2.300 pesos en letra á cargo de Gibbs é Hijos, de Londres, dispusieron Río Hermanos figurasen en la cuenta corriente con la Sociedad Domínguez Hermanos, demostrando sus propios actos y la correspondencia epistolar que dicho contrato se había verificado, y que la obligación de entregar Domínguez Hermanos aquellas cantidades quedó modificada por el contrato celebrado por Río y Domínguez de estar á cuenta corriente:

Resultando que dictada sentencia por el Juez en 20 de Diciembre de 1870, declarando no haber lugar á pronunciar la de remate, mandando alzar el embargo practicado y condenando en costas al ejecutante, fué confirmada con igual condenación por la Audiencia de Granada, dejando á aquél su derecho á salvo para promover el juicio ordinario; estableciendo, entre otros fundamentos: que por las pruebas practicadas por las partes, apreciadas en conjunto, se justificaba que los 25.000 pesos fuertes entregados por D. Francisco Petit, no fueron realmente recibidos por la Sociedad Domínguez Hermanos en calidad de depósito, ni aun en la clase del reconocido en derecho como irregular y para tenerlos á la orden de la Sociedad Río Hermanos, sino que tal calidad de depósito fué supuesta ó simulada, y que verdaderamente fueron entregados en cuenta corriente y habían sido incluídos en la que de esta clase habían llevado ambas Sociedades; que aun en el supuesto caso de que dichos 25.000 pesos fueron recibidos al principio en calidad de depósito, después pasaron á la cuenta corriente de dichas Sociedades, cobrándose la de Rio Hermanos el interés de 1 por 100 mensual, como de todas las demás cantidades recibidas en cuenta por la Sociedad Domínguez Hermanos, cobro de interés que por el mero hecho de efectuarse se acreditaba la inexistencia del depósito; de todo lo cual resultaba justificado, que supuesto el depósito, hubo novación de contrato, quedando aquél sin efecto, y la cantidad de 25.000 pesos fuertes á partida recibida en cuenta corriente; que la misma novación de contrato se había verificado respecto á los 2.300 pesos, importe de la letra sobre Londres; y que la confesión de haber recibido algunas partidas comprendidas en la cuenta corriente de comerciantes, no traía aparejada ejecución mientras la cuenta no se hubiera liquidado y resultase un saldo aprobado, reconocido y confesado por el deudor, el cual no existía por la parte ejecutada respecto á la cuenta corriente que había llevado con el ejecutante:

Resultando que D. Venancio del Río, por sí y también como apoderado de su hermano D. Francisco del Río, domiciliados y del comercio de Valparaíso, y gerente de la Sociedad mercantil que se denominaba Río Hermanos, presentó en 19 de Abril de 1873 la demanda objeto de estos autos

en cuyos puntos de hecho expuso, después de hacer mérito de las escrituras de 3 de Febrero y 28 de Diciembre de 1864 y 14 de Enero de 1865, que creada esta situación, D. Venancio y D. Francisco del Río se dedicaron á los asuntos de su comercio con la mayor actividad y celo, pero cuando más prosperaba la Compañía, surgieron desavenencias entre España y Chile, y declarada la guerra y decretada la internación y expulsión de los españoles del territorio de la Republica, tuvieron precisión los hermanos Río de abandonar los trabajos de la Sociedad y hasta sus bienes para salvar sus vidas; constituyendo el estado en que los encontraron cuando cambiaron las circunstancias y pudieron volver á Valparaíso, una serie de multiplicados hechos que no eran de aquel lugar, pero cuyas complicaciones y reclamaciones pendientes de la conducta seguida por la Sociedad Domínguez Hermanos, no habían permitido todavía ni permitían liquidar aquélla; liquidación que habría de verificarse á su tiempo y en el punto que correspondía; que independientemente de la Sociedad Río Hermanos, y con separación absoluta de lo que fué objeto de sus especulaciones y resultado dentro de la Sociedad Río, había mediado otra cuenta corriente de comisión particular y extrasocial entre la Compañía Río Hermanos y la titulada Domínguez Hermanos, que tuvo su origen desde que quedó á cargo de D. Venancio y D. Francisco del Río pagar á Domínguez Hérmanos el sobrante de las existencias de los establecimientos que cedieron, después de cubrir el capital de 30.000 pesos fuertes que pusieron en comandita, y había seguido sostenida á virtud del mandato que los segundos confirieron á los primeros en el poder otorgado en Valparaíso á 23 de Febrero de 1865 y asuntos especiales que llevaron; que fijos en estos principios, no era dudoso el resultado que ofrecía la dicha cuenta de comisión particular y extrasocial liquidada hasta 26 de Marzo de 1873, en la cual aparecía un alcance efectivo por principal y réditos concertados de uno por 100 mensual á favor de D. Venancio y D. Francisco del Río, en la representación que ostentaban, de 70.242 pesos fuertes 55 centavos, sin perjuicio de los intereses que se siguieran devengando hasta el completo abono; que comprendiendo que podían aspirar á su cobro utilizando el procedimiento ejecutivo, habían formulado demanda en que prescindieron de algunas sumas que podían entorpecer la ejecución, y despachada por dos solas partidas, importantes 27.300 pesos, se declaró después no haber lugar á dictar sentencia de remate, cuyos considerandos eran dignos de meditación y de tenerse presentes, aceptando por ellos la excepción de novación, y desestimando las otras propuestas de falta de personalidad en el ejecutante, pacto ó promesa de no pedir, y compensación; que no siendo dudoso el camino que debía emprender, aceptaba con gusto el terreno donde se le colocaba, porque la ejecución despachada sobre dos solas partidas no le eximía del juicio ordinario respecto de las otras que se le restaban; y había podido rectificar algunas equivocaciones que en su perjuicio contenía el extracto de la cuenta de 30 de Octubre de 1865, que se registraba en dichos autos ejecutivos, estando por lo demás las principales sumas que formaban la cuenta que exhibía, y el tipo de los intereses al uno por 100 mensual, así como el mandato que desempeñó la Sociedad Río Hermanos, reconocidos por la de Domínguez Hermanos en los autos ejecutivos; que las rectificaciones hechas en la cuenta de comisión particular y extrasocial, aparte del consiguiente aumento de réditos por el tiempo transcurrido, se referían: primero, á omisiones hechas en el *debe* de la Sociedad Domínguez Hermanos, relativas al extracto de 30 de Octubre de 1865, ya por error de suma en el cómputo de una partida de 3.391 pesos 59 centavos, ya por los días de intereses que se le cargaron de menos en algunas partidas de aquél, y se le abonaron de más en otras de su haber; segundo, á otras omisiones que también se hicieron en dicha fecha,

no figurando en el *debe* de Domínguez Hermanos 1.451 pesos 88 centavos de tres pagarés satisfechos por cuenta de los mismos á D. Antonio Carpintero en Junio de 1865; 181 pesos 20 centavos por suplidos en su barca *Othello* en 18 de Octubre del expresado año; 500 pesos por igual concepto en 24 del referido mes, y réditos de las tres partidas, á contar desde los días de su abono, y comparado el *debe* de Dominguez Hermanos con su legítimo *haber* al 30 de Octubre de 1865, ofrecía un saldo líquido á favor de Río Hermanos de 9.877 pesos 28 centavos; deduciéndose y pudiendo aprenderlas la Sociedad Domínguez Hermanos las demás rectificaciones fijadas, comparando la cuenta que presentaba con los datos que con anterioridad poseía, pues todos estos revelaban la exactitud con que aquélla se había extendido, reformando las equivocaciones cometidas en perjuicio de Río Hermanos, las cuales, conocidas por los contrarios y cediendo en su provecho, no se cuidaron de advertir; siendo el total alcance líquido que arrojaba la cuenta corriente en comisión particular y extrasocial al 26 de Marzo próximo pasado de 70.242 pesos fuertes 55 centavos, confesado en sus principales partidas por la Sociedad Domínguez Hermanos, protestando, si no aceptase alguna de las rectificadas, comprobarlas en su día. Y que no habiéndose prestado la Sociedad Domínguez Hermanos á enjugar su descubierto, la de Río Hermanos había tenido que mandar á uno de sus gerentes á fin de arreglar la cuestión en el terreno amistoso; y no consiguiéndolo, para que interpusiese los recursos jurídicos oportunos á los que había tenido que acudir; reservándose pedir oportunamente los consiguientes menoscabos producidos por el largo viaje de D. Venancio del Río, su apartamiento del centro de sus negocios y su dilatada permanencia en Granada. Como fundamento de derecho alegó que el mandato producía obligaciones mutuas, siendo propias del mandante, con arreglo al Código chileno, proveer al mandatario de lo preciso para la ejecución del mandato, reembolsarle de los gastos causados, pagarle la remuneración estipulada ó usual y las anticipaciones de dinero que hiciese, con los intereses corrientes, é indemnizarle de las pérdidas que hubiera sufrido por causa del mismo mandato; y como las dos Sociedades Río Hermanos y Domínguez Hermanos residían en Chile cuando contrataron, y allí ejerció la primera sus actos, parecía que debían atemperarse á los principios consagrados por las leyes sustantivas de dicha República, y por consiguiente afectaba á la segunda el cumplimiento de las expresadas obligaciones; que ello no obstante, el tít. 12 de la Partida 5.ª, al ocuparse del mandato, prevenía que el mandante reintegrase todos los abonos y gastos hechos por el mandatario en el desempeño de su cargo, y estaba también sujeto á indemnizarle daños y perjuicios; que todo alcance en cuenta corriente de comisión era exigible por la persona á cuyo favor aparecía, y remuneratorias por su esencia las comisiones mercantiles, que perderían tal carácter si el comisionista no pudiese reclamar intereses por las sumas que adelantaba; que era inexcusable el abono de réditos por las cantidades que otro anticipaba ó de que se encontraba privado, bajo el tipo que la costumbre tenía sancionado en el punto donde las sumas se suplían, ó bien subordinándose al convenio habido sobre el particular; circunstancias ambas que concurrían en este caso para exigirlos al respecto de 1 por 100 mensual; que dejaban capitalizado el saldo á cargo de la Compañía Domínguez Hermanos al día 26 de Marzo próximo pasado, y si hasta la fecha del intento de la conciliación sin avenencia, debían deducirse los intereses por el otro alcance capitalizado al 30 de Octubre de 1865 y demás partidas que recibió aquélla por cuenta de la de Río Hermanos, y sumas que ésta desembolsó en la gestión de los anuncios mencionados, desde la expresada fecha del acto conciliatorio tenían que pagarse los réditos al respecto del uno por 100 mensual del total adeudado de 7.242 pesos fuertes 55 centavos, pues como descubierto lí-

quido en la misma fecha, según lo fué en su día el de 30 de Octubre de 1865, formaba ya un capital conocido que los devengaba á semejanza del anterior; pues todo saldo definitivo ó parcial se consideraba un capital productivo de intereses; y utilizando la acción de mandato contraria, así como la que nacía de toda cuenta y asuntos que la motivaban para obtener la solvencia del saldo, terminó suplicando que se condenase á la Sociedad Domínguez Hermanos, y en su nombre á su socio representante D. Antonio Domínguez de Gregorio, á pagar á la de Río Hermanos el citado alcance de 70.242 pesos fuertes 55 centavos, equivalentes á 351.212 pesos 75 centavos, y réditos devengados y que se devenguen hasta el completo reintegro, bajo el tipo y de conformidad con las bases establecidas en los fundamentos de derecho, y todas las costas:

Resultando que desestimadas en dos instancias las excepciones dilatorias que puso D. Antonio Domínguez de Gregorio, de falta de personalidad por no acreditar el demandante D. Venancio del Río la representación de su hermano D. Francisco, y que ambos eran gerentes de la Sociedad Río Hermanos, y prestase además fianza suficiente á responder del cumplimiento de la sentencia que recayera, contestó á la demanda con la pretensión de que se le absolviese de ella, imponiendo á los actores perpetuo silencio y las costas; condenándoles también á que pagasen á los demandados la cantidad de 11.640 pesos fuertes 72 y medio centavos, saldo verdadero de dicha cuenta de mandato ó comisión particular; 3.082 pesos fuertes 95 centavos, importe de las cantidades que habían recibido en préstamo de la Sociedad Domínguez Hermanos, con los intereses reconocidos y legales; 9.026 pesos 49 centavos que como gerentes de la Sociedad Río Hermanos estaban obligados á pagar á Domínguez Hermanos por saldo, con el interés legal del capital comanditario que éstos impusieron en dicha Sociedad disuelta y utilidades conocidas y liquidadas de la misma, además de 27.300 pesos fuertes que obraban en poder de dichos comanditarios, pertenecientes al activo social imputándolos en pago, que en junto hacían la suma de 23.750 pesos 16 y medio centavos ó sean 118.750 pesetas 82 y medio céntimos, á cuyo pago se condenase á los actores; reservando á la Sociedad comanditaria Domínguez su derecho para reclamar de los gerentes demandantes la tercera parte de otras cantidades que debían aumentar el activo partible, según la escritura social; condenando también á la Sociedad demandante á entregar los documentos justificativos de la verdadera cuenta de mandato ó comisión particular que aceptó; á que la diera á los mandatarios demandados de un pagaré de 680 pesos fuertes, á cargo de D. Ramón Laimatre, endosado á su favor por Domínguez Hermanos, devolviéndolo si no había sido efectivo, dando razón de las diligencias practicadas para cobrarlo; á que también diera cuenta justificada de los 1.451 pesos 88 centavos que suponían pagados por recoger tres pagarés á la orden de Domínguez Hermanos y cargo de Echevarría Hermanos, que aquella Sociedad había descontado á D. Antonio Carpintero; condenando además á los gerentes de la Sociedad Río Hermanos al pago de los intereses legales correspondientes desde el día 26 de Marzo de 1873, en que las cuentas estaban ajustadas, hasta que se hicieran efectivas las sumas reclamadas, para lo cual les reconvenían por mutua petición á como más hubiera lugar en derecho:

Resultando que en apoyo de esta pretensión y respecto á la demanda alegaron, después de afirmar que con el mandato sólo se propusieron realizar la fortuna que dejaron en Valparaíso, que conservaban con absoluta independencia de la comandita: que según escritura de 23 de Febrero de 1865, la Sociedad Domínguez Hermanos confirió poder general bastante á Río Hermanos para cuanto en el mismo se especificaba; que aceptado por Río, había mediado correspondencia sobre los negocios objeto del man-

dato; que por la necesaria ausencia de los mandatarios, éstos sustituyeron el poder en Myers, Bland y Compañía, á los que dieron cuenta de su gestión, y los que á su vez la rindieron á la Sociedad demandante en 10 de Noviembre de 1866, pagándola el saldo de 6.778 pesos 84 centavos; que Río Hermanos presentaban cuenta de comision particular fechada en 26 de Marzo de 1873, incluyendo en el *debe* y *haber* cantidades comprendidas en la cuenta de los sustitutos Myers; otras que se referían al mandato ó comisión particular, omitiendo abonar alguna que percibieron por cuenta del mandato; que al sustituirse éste había anticipado Río 6.000 pesos para su ejecución, detallándose el anticipo en carta de D. Francisco del Río de 27 de Noviembre de 1866, con la diferencia de 5 pesos 23 centavos por error de pluma; que Myers abonó al Capitán Caballero 10.000 pesos que figuraban en el *debe* de la cuenta de los sustitutos de 10 de Noviembre de 1866; que entre las partidas comprendidas en los 6.000 pesos, según la expresada carta, aparecía la cantidad de 153 pesos, que por error se hacía ascender á 1.153 pesos 80 centavos en la cuenta que presentaba con la demanda; que debían eliminarse de esta cuenta todas las partidas que se indicaban en el estado que acompañaba á este escrito; que las partidas eliminadas del *haber* ó data ascendían á la suma de 17.659 pesos 6 centavos y los intereses correspondientes á 5.530 pesos 91 y medio centavos; que las cantidades de la data que se consideraban legítimas sumaban 11.905 pesos 61 centavos, á la que debían agregarse otras partidas que Río debía abonar en cuenta á Domínguez por haberlas aquéllos percibido como mandatarios; y que sumando el cargo ó *debe* la cantidad de 17.017 pesos 13 centavos, resultaba un saldo á favor de Domínguez Hermanos y cargo de Río Hermanos de 11.640 pesos 12 y medio centavos, ó sean 58.203 pesetas 60 céntimos; que el mandato se encontraba entre los contratos de derecho de gentes, y producía por su naturaleza en todos los países civilizados esencialmente los mismos derechos y obligaciones; que las leyes chilenas, según los principios en que se fundaba el derecho internacional privado, no podían aplicarse en este pleito por los Tribunales españoles; además de que cuando los ciudadanos de un mismo país contrataban en una nación extranjera, debía suponérseles la intención de referirse á las leyes y usos de su patria común, y estaban sujetos á ellos en cuanto á los efectos del contrato; que para que el mandato se considerase comisión mercantil era necesario que el comitente ó mandante se propusiera ejercer actos de comercio en nombre ajeno ó en el del comisionista, pero tanto la comisión como el mandato eran en su esencia el mismo contrato; que aceptado el mandato ó comisión nacían de él dos obligaciones, la directa que contraía el mandatario de realizar el negocio y de dar cuenta de su gestión, y la que contraía el mandante de indemnizar al mandatario de las anticipaciones hechas para cumplir el mandato é indemnizarle los daños y perjuicios sufridos para cumplirlo; que del principio que establecía que en el mandato el vínculo de las obligaciones consistía en la confianza del mandante y la oficiosidad del mandatario, se deducía que este último podía sustituir el mandato cuando había sido autorizado para ello, infiriéndose del mismo principio que cuando los actos del sustituto son aprobados por el mandante, deben ser respetados también por el mandatario; deduciéndose del mismo principio que cuando la confianza del mandante no ha sido ilimitada para que el mandatario cumpla con la obligación de dar cuentas, debía detallarlas y justificarlas; obligación que imponía expresamente al comisionista el Código de Comercio, según el cual debía comunicar á su comitente puntualmente todas las noticias convenientes sobre la negociación que puso á su cuidado; que el tít. 12 de la Partida 5.ª disponía que el mandante reintegre todos los abonos y gastos hechos por el mandatario en el desempeño de su cargo, de donde se deducía que la cuenta del mandata-

rio ó comisionista sólo debe comprender en el *debe* ó cargo los gastos y anticipaciones hechas con motivo del mandato, y en el *haber* ó data todas las cantidades percibidas por igual concepto; que según la doctrina de derecho admitida por la jurisprudencia, la presentación de una cuenta no envuelve la obligación de satisfacer el saldo que de ella resulte, por ser cosa enteramente distinta, lo mismo que su aprobación; que la acción *contraria mandati* que nace de la obligación indirecta que *ex post facto* contrae el mandante, sólo procede y puede ejercitarse válidamente para reclamar lo que el mandante hubiese anticipado *ex causa mandati*; que cuando eliminadas de la cuenta que rendía el mandatario las cantidades no anticipadas en el cumplimiento de su cargo, y añadidas las que había debido abonar como percibidas por igual concepto resultaba un saldo á favor del mandante, el mandatario no podía utilizar la acción *contraria mandati* sin sufrir las consecuencias de su mala fe y temeridad:

Resultando que respecto á la reconvención sentaron como hechos: que la Sociedad mandataria Río Hermanos debía á la Sociedad Domínguez Hermanos 11.640 pesos 72 centavos; que Domínguez dejó en poder de Río un pagaré de 680 pesos á cargo de D. Ramón Laimatre, y los mandatarios no habían dado cuenta de lo gestionado para su cobro, ni habían devuelto el pagaré; que tampoco habían dado cuenta detallada ni justificada de 1.451 pesos 88 centavos que suponía pagados por recoger tres pagarés cargo de Echevarría Hermanos; que la Sociedad Domínguez prestó en España á D. Francisco del Río 400 pesos, remesando al mismo una letra de 31 pesos 85 centavos; que también entregó por cuenta y orden de Río Hermanos 240 pesos á D. Salvador Vidal, cuyas tres cantidades con sus intereses se habían eliminado de la cuenta de comisión particular; que Don Francisco del Río no había efectuado el reembolso de 600 pesos que Domínguez le prestó hasta su llegada á Chile; que á disposición de Río Hermanos se reunieron en Londres 4.000 libras esterlinas, verificando así un préstamo cuyo interés legal ascendía á 1.100 pesos; que las cantidades prestadas con intereses ascendían á 3.082 pesos 95 centavos, según estado que se presentaba; que la Sociedad en comandita quedó disuelta en 7 de Septiembre de 1868, por la doble circunstancia de haber terminado el tiempo de su duración, y declarádose en quiebra, según se reconocía en carta de D. Venancio del Río de 26 de Octubre de 1868; que el balance de la Sociedad Río Hermanos á su terminación en 7 de Septiembre de 1868, formada por Domínguez, ofrecía un activo de 53.300 pesos y un pasivo de 41.135 pesos 30 centavos, que deducidos del activo resultaban como utilidades reconocidas y líquidas 12.164 pesos 70 centavos á la fecha citada de 7 de Septiembre de 1868; que procedía cumplir lo establecido en las cláusulas 14 y 17 de la escritura social; que la tercera parte que en dichas utilidades correspondía á Domínguez consistía en 4.054 pesos 90 centavos, que agregada á los 30.000 pesos del capital comanditario que debía reembolsarse á Domínguez, sumaban 34.054 pesos 90 centavos; que deducidos de esta cantidad los 25.000 pesos cobrados por Domínguez á Petit, y 2.500 pesos de la letra sobre Inglaterra, resultaba un líquido á favor de Domínguez Hermanos y cargo de Río Hermanos en la expresada fecha de 26 de Octubre de 1868, de 6.754 pesos 90 centavos; que los intereses de la anterior cantidad desde el 7 de Julio de 1870, en que debió haberse pagado, hasta el 26 de Marzo de 1873, en que estaban ajustadas las cuentas, ascendían á 2.271 pesos 59 centavos; que Río Hermanos, además del activo confesado, había hecho efectivas otras cantidades que debían aumentarlo, y había omitido dar cuenta del importe de los gastos particulares de los socios gerentes, que debían figurar en aquél para descontarlos de las utilidades, según la cláusula 11 de la escritura social; y que por los expresados conceptos de mandato, comandita y préstamos, Río Hermanos

debía á Domínguez Hermanos hasta la fecha de 26 de Marzo de 1873 la suma total conocida y líquida de 23.750 pesos fuertes 16 y ½ centavos, ó sean 118.750 pesetas 82 y ½ céntimos, según demostraba el estado que se acompañaba, y que como fundamento de derecho expusieron que de la obligación que contraía el mandatario nacía la acción *mandati directa* que competía al mandante contra aquél para exigirle cuenta del cumplimiento del mandato y le entregase lo que á consecuencia de él tuviera y correspondiera al mandante; que el mutuario está obligado á devolver al mutuante la cantidad prestada con los intereses reconocidos y los legales que corresponda desde que se constituya en mora; que las Compañías mercantiles se disolvían cuando concluía el término de su duración ó se declaraban en quiebra; que los pactos constituídos en una escritura de Sociedad mercantil que sean lícitos, deben observarse fielmente, como también las reglas establecidas para la liquidación y división del *haber* social cuando la Compañía se disuelve; y que las acciones personales que nacen de los contratos de mandato, préstamo y sociedad, no excluyéndose mutuamente, deben proponerse en una misma demanda y utilizarse en la reconvención, según la ley 7.ª, tít. 10 de la Partida 3.ª:

Resultando que D. Venancio y D. Francisco del Río, al evacuar el traslado que se les confirió, solicitaron que el Juzgado se declarase incompetente para entender de todo asunto que se relacionara con el término, liquidación, derechos, haberes y obligaciones de los socios entre sí, de la titulada Río Hermanos, y por consecuencia sobre los extremos de la reconvención y mutua petición que se concretaban á dicha materia, teniéndose por separado de todo conocimiento sobre la misma, y condenando en las costas á D. Antonio Domínguez de Gregorio, bajo el carácter que ostentaba, reservándole el derecho de que se creyera asistido, para que lo ejecutase donde y como correspondiera; alegando que aceptaba el debate y la reconvención por todas las partidas y todos los asuntos de la cuenta corriente ó extrasocial, ya provinieran de mandato, de comisión ó de mutuo; y que siendo el Juzgado incompetente para conocer de la parte de reconvención que se refería á la Sociedad en comandita, podían utilizar la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por medio de la declinatoria, pues representando la reconvención una verdadera demanda, le era licito oponerle cualquiera de las excepciones dilatorias que enumeraba la ley; que en todo cuanto se concretase á la escritura social de 3 de Febrero de 1864 y cuestiones derivadas de la misma, no era el Juzgado competente para conocer por carecer de potestad para entender sobre una polémica reservada á los Tribunales de Chile, que había de decidirse según sus leyes, careciendo también de imperio para cumplir y ejecutar sus acuerdos, siendo evidente por ello su falta de jurisdicción en dicho punto; y que no era incondicional y absoluta la teoría de considerarse Juez competente para la reconvención aquél á quien el actor acudió con la demanda, y no tenía lugar cuando dicho Juez no podía conocer, por razón de la materia en que funcionaba, de lo que era objeto de la reconvención, pues en tales casos, como sucedía en el actual, la jurisdicción no se prorrogaba:

Resultando que D. Antonio Domínguez impugnó el artículo, alegando: que el 254 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 consentía la reconvención, y la regla 11 del art. 309 de la ley orgánica del Poder judicial disponía que en las demandas de reconvención sería fuero competente el del lugar en que se hubiese interpuesto la que hubiera promovido el litigio; que la jurisdicción ordinaria era la competente para conocer de los negocios civiles que se suscitasen en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre unos y otros; que el conocimiento de los negocios mercantiles era de la competencia de la jurisdicción ordinaria desde que se suprimieron los fueros y los Tribunales especiales de comercio; y que, según

los principios fundamentales del derecho público, el cumplimiento de obligaciones contraídas por los españoles, aunque el contrato de que procediera se hubiera celebrado en país extranjero, podía demandarse ante Tribunales españoles, mucho más cuando no se ponía en duda la validez del contrato ni en su fondo ni en su forma:

Resultando que el Juez, por sentencia de 10 de Febrero de 1874, que fué confirmada por la Audiencia en 12 de Agosto siguiente, denegó la declinatoria de jurisdicción propuesta, declarándose competente para conocer en todos sus extremos de la reconvención deducida:

Resultando que los demandantes replicaron reproduciendo en primer lugar la pretensión de su demanda, y solicitando en segundo que se les absolviese de la reconvención en todos sus extremos, salvo en lo relativo á franquear los documentos que conservaban, concernientes al mandato, en lo cual no encontraban reparo, reservando su derecho sin embargo á los Domínguez en lo que concernía á la cuenta social, para que lo ejercitaran donde y como correspondiera; en tercero, que se declarase, si lugar no hubiere á la excepción de incompetencia deducida, que á los gerentes de la Sociedad Río Hermanos tocaba y pertenecía liquidar la Compañía que llevaba su nombre, condenando á Domínguez Hermanos á que estuviera y pasara, antes que se satisficieran los capitales comanditarios, por la liquidación que había de contener la determinación del activo social al separarse D. Ceferino Alfaro y constituirse la Compañía de Río Hermanos, y período intermedio, y las deudas que eran de cargo de los últimos; la depuración de todos los saldos, incluso el de la cuenta extrasocial; el respeto y abono á los acreedores que había contra la misma ó de las que traían su causa, y del capital y alcances de D. Venancio del Río por la tienda del Tomé; la solvencia á éste de los créditos que le cedieron los Sres. Animat Hermanos y los apoderados Myers, Bland y Compañía, Dicksón Harkner y Compañía y Besa Salinas y Compañía, uno y otro con sus intereses; la solvencia también al expresado D. Venancio y D. Francisco del Río del 25 por 100 é intereses de los otros créditos contra la Sociedad de Río Hermanos, de cuya parte les hicieron gracia y cesión personal los demás acreedores, y la baja en el activo social de las costas y gastos ocasionados en los litigios que era preciso seguir contra Domínguez, permaneciendo á su cuidado en Granada uno de los gestores; en cuarto, que se condenase asimismo en costas á la Sociedad titulada Domínguez Hermanos; y en quinto, que se reservase su derecho á la de Río Hermanos, para que lo utilizasen por la comisión que habían devengado en los negocios de la cuenta corriente particular y extrasocial; por alimentos facilitados á Don Antonio Juan Domínguez; por varias facturas que satisfizo á cargo de Domínguez y que no habían figurado en las cuentas que le habían sido pasadas; por los gastos del pleito pendiente en el Tomé contra D. Marcos Duro, que no eran de cuenta de la Sociedad Río Hermanos; por los recibos justificativos que los Domínguez debían entregar á los actores acerca de los pagos que los primeros hubieran hecho por cuenta de los segundos y todos los demás documentos que conservasen del interés peculiar de Río; y por la condonación que arbitrariamente efectuaron los contrarios de 6.262 pesos 87 centavos del crédito contra D. Francisco Petit, con más sus intereses y los de los 25.000 pesos que cobraron del mismo para tenerlos á la orden y disposición de Río, condonación que hacía responsables á aquéllos en favor de éstos de la parte que les correspondiera; y fijando definitivamente los puntos de hecho y de derecho, alegaron: que con entera separación é independencia de los asuntos propios de la Sociedad de Río Hermanos, derivados de las escrituras de su constitución, había mediado otra cuenta corriente particular y extrasocial entre las Compañías de Río Hermanos y Domínguez Hermanos, que constituía la materia de las accio-

nes que ejercitaban y nacía del mandato de comisión que confirieron Domínguez á Río, y de convenio é inteligencia recíproca mediada entre unos y otros, produciendo el alcance que se reclamaba por el principal é intereses devengados hasta el completo reintegro, estando conformadas todas las partidas por la Sociedad Domínguez Hermanos, y subsanados los ligeros é involuntarios errores y omisiones de fechas y sumas; que al declararse la guerra entre España y Chile, Río Hermanos no sustituyeron en nadie el mandato otorgado por Domínguez, sino que nombraron apoderados, á quienes comunicaron instrucciones para que á nombre de Río evacuasen, como lo hicieron, asuntos de la Sociedad Río Hermanos, y también de aquéllos; que los desembolsos hechos así por Río como por sus apoderados á cuenta de la Compañía Domínguez Hermanos, así como los ingresos de sus bienes figuraban en los extractos de la cuenta corriente particular y extrasocial, presentados con la demanda, sin que hubiera duplicación alguna; que las cuentas de dichos apoderados representantes, fueron la relacion de lo que habían practicado á nombre de Río Hermanos, pero bajo el carácter de dato parcial, subordinado como los demás antecedentes á las generales rendidas por Río; que el extracto primero, corregido y enmendado oportunamente, arrojaba un saldo á favor de esta parte de 9.877 pesos 28 centavos; y el segundo abrazaba como primera partida de cargo contra los adversarios el saldo anterior, que iba elevándose hasta llegar á la cifra que se demandaba; que no podían eliminarse del debe de los Domínguez, ni los 6.005 pesos 23 centavos que por un lado pretendían suprimir, ni los 900 pesos 80 centavos que citaban por otro, porque esas cantidades se habían satisfecho con fondos de la expresada caja de Río para asuntos de los demandados; que tampoco podían quitarse de su haber 4.071 pesos 40 centavos que explicaban cobros de los actores por fletes y estadías de los buques de Domínguez Hermanos; que insistían en que se mantuvieran en el cargo y en la data del extracto segundo por los conceptos allí estampados, todas las partidas que intentaban excluir los Domínguez mereciendo especial mención; que el representante de éstos había confesado en posiciones haberse satisfecho por su cuenta al Capitán Caballero, de los fondos de Río, los 1.478 pesos que impugnaban, habiendo reconocido igualmente el pago de 401 pesos por seguro y póliza de la barca *Otello*; que el flete concertado para el cargamenío de harinas, fué á razón de 3 libras esterlinas por tonelada; que los Domínguez resultaban responsables de varias simulaciones, á cuya sombra percibieron sumas indebidas, no habiendo cobrado 25.000 duros que les entregó D. Francisco Petit y 2.300 pesos en letras sobre Inglaterra por cuenta de sus haberes sociales, sino por virtud de comisión que les confirieron Río Hermanos para tenerlos á la orden y disposición de los últimos; y en tal sentido los conformaron y aceptaron en la cuenta corriente extrasocial como partidas de ella; que según la escritura de 3 de Febrero de 1864, en las épocas en que se realizaron esos cobros, los comanditarios en la Compañía de Río Hermanos no podían retirar capital alguno del impuesto, ni menos utilidades; que los demandos entregaron á su vez 400 pesos á D. Francisco del Río, por cuenta de Río Hermanos, 31 pesos 85 centavos, remesa por la propia cuenta en carta orden á cargo de D. Francisco García Pradillo, y 240 pesos que pagaron en idénticas condiciones á Salvador Vidal y Compañía; y que D. Venancio del Río, por sí y en la representación que ostentaba, no sólo había deducido y utilizaba la acción de mandato por el que le fué conferido, sino las demás personales que le asistían y provenían de los otros negocios á que se contraía la cuenta extrasocial; que no era cierto que la Compañía de Río Hermanos hubiera recibido la partida de 3.500 pesos objeto de reconvención por fletamento de la barca llamada *Otello*; que Domínguez Hermanos habían sido satisfechos oportunamente,

entre otros percibos, de las dos cantidades que reclamaban, la una de 3.860 pesos 11 centavos, y la otra de 2.000 pesos; que Domínguez Hermanos no había hecho préstamo alguno á Río Hermanos; y el documento privado que se decía acreditar el de 600 pesos, sería á lo sumo negocio de D. Francisco del Río en particular, pero era extraño á la personalidad jurídica de la Compañía de Río Hermanos, á quien no quisieron entregarlos Domínguez Hermanos, según declaraban; y que Río Hermanos no aprovecharon el crédito abierto por 4.000 libras esterlinas en la casa de D. Antonio Gibbs é hijos, de Londres, ni pudieron utilizarlo, y si se abrió dicho crédito por tiempo que no convenía con las fechas que los contrarios citaban, no fué por favorecer á aquéllos, sino para dedicarlo con interés exclusivo y asuntos particulares de los Domínguez; que la Compañía de Río Hermanos se estableció en Valparaiso con arreglo á las leyes de la República de Chile; que el término que podía llamarse ordinario de su duración era de cuatro años, y los tres plazos fijados para reembolsar á Domínguez el capital comanditario y utilidades no podían contarse sino después de las liquidaciones parciales de los asuntos de la misma Compañía; uno de ellos la cuenta extrasocial, pues no de otra manera se averiguaba si había pérdidas ó ganancias, sin cuyo conocimiento no era posible abonarlas confundidas con el aporte social, según se pactó en la escritura de 3 de Febrero de 1864; que la facultad de liquidar la Sociedad Río Hermanos residía en los gerentes y no en los Domínguez, faltando por culpa de éstos los datos y antecedentes precisos para que aquéllos practicasen la liquidación, hecho que reconocían los mismos Domínguez, los cuales habían usurpado las atribuciones de liquidar, y mientras confesaban no saber si habían tenido menoscabos ó utilidades, venían ofreciendo esa operación llevada á cabo sobre afirmaciones fantásticas, y pidiendo una cantidad determinada; y que la carta de D. Venancio del Río de 26 de Octubre de 1868 únicamente se ocupaba de un activo nominal y no real, y sentaba el principio de cantidades ilíquidas y cálculos inseguros, que no servían de partida para la liquidación social, la cual no podía verificarse en la forma que quedaba pretendida:

Resultando que con el escrito de réplica, acompañaron, entre otros documentos, un estado de errores y omisiones sufridas en el estracto de cuenta corriente particular á 3 de Octubre de 1865, cuyo saldo de 8.461 pesos 81 centavos se aumenta á 9.877 pesos 28 centavos; tres pagarés de Echevarría Hermanos á la orden de Dominguez Hermanos, endosados á D. Venancio del Río por la casa de Río Hermanos, valor recibido de dichos señores, certificación del Director gerente del Banco de Valparaíso, referente al giro de 1.151 pesos 88 centavos á la orden de D. Antonio Carpintero, y nota de gastos en el concurso de Echevarría Hermanos:

Resultando que en el escrito de dúplica reprodujeron Domínguez Hermanos las pretensiones y fundamentos del de contestación, insistiendo en ser tres los contratos originarios de donde emanaban todas las cuentas y responsabilidades que mutuamente podían exigirse las partes, á saber: Sociedad en comandita, mandato y préstamo, no siendo posible determinar por cuál de ellos había venido Domínguez á constituirse deudor de Río; que la confusión procedía de que al abandonar Domínguez á Chile, recibía de Río nota de cantidades cobradas y gastadas ó entregadas, y esto se aceptaba porque era natural que al liquidar apareciera cada partida en la cuenta respectiva; que la incompetencia estaba resuelta por sentencia de primera y de segunda instancia; que no había necesidad de liquidar la Sociedad en comandita, pues la carta de 26 de Octubre de 1868 era la base que se había tenido presente para hacer la cuenta ó balance de dicha Sociedad, que se acompañaba al escrito de contestación; que lo principal en este asunto no era la liquidación, que estaba ya hecha, sino la distribución

del *haber* social; que tampoco eran necesarias las liquidaciones previas, pues la comandita partía de la escritura de 3 de Febrero de 1864, sin intermisión hasta la quiebra; que era un absurdo la afirmación de alcances á favor de D. Venancio del Río por las acciones de Animat, Myers y acreedores; que en la cuenta extrasocial había que distinguir dos períodos y dos mandatarios, Río primero y después Myers; y por lo tanto, de las cuentas presentadas por Río debían eliminarse todas las cantidades liquidadas entre Domínguez y Myers; que éste no fué ni pudo ser más que un sustituto de Río Hermanos en lo tocante al mandato; que en el juicio ejecutivo no se había decidido si los 25.000 pesos de Petit y los 2.300 de letras sobre Inglaterra figuraban con más ó menos propiedad en la cuenta de la comandita ó en la del mandato, pues que ésta era la cuestión del pleito; que no se comprendía que sin sobrevenir accidentes después de realizar todos los bienes y productos de la administración, resultase un desfalco de 7.242 pesos 55 centavos; que los préstamos eran contratos que no podían confundirse con los de sociedad y mandato, y por lo tanto las cantidades prestadas no podían figurar en la cuenta extrasocial; que era un error jurídico sostener que había dos acciones en la demanda; y por último, que la de Río Hermanos estaba inspirada: primero, en la idea de prescindir por completo de la liquidación y división de la Compañía Río Hermanos para que Domínguez no pudiera reclamar lo que se les adeudaba por el capital y utilidades; segundo, en la de traer á la cuenta particular de comisión las cantidades que eran parte del *haber* de dicha Compañía para aumentar el cargo contra Domínguez; y tercero, la de englobar en esa misma cuenta particular las partidas liquidadas con Myers, á fin de alterar y modificar las cuentas de éstos en provecho de Río Hermanos:

Resultando que suspendido el curso de los autos en 8 de Enero de 1877 por convenio de las partes, hasta que cualquiera de ellas solicitase el alzamiento de suspensión, instado éste en 9 de Junio de 1880, se recibió el juicio á prueba, practicándose por una y otra con relación á las diversas cuestiones objeto de la discusión y á que se referían las cuentas, documentos y correspondencia mencionadas, presentándose además un estado explicativo de las partidas impugnadas por la Sociedad Domínguez Hermanos:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada dictó sentencia en 22 de Diciembre de 1888, que no fué conforme con la del Juez de primera instancia, declarando que la Sociedad Domínguez Hermanos adeuda á los de Río Hermanos por saldo de cuenta extrasocial, la suma de 5.477 pesos con 91 centavos, y que la Sociedad Río Hermanos adeuda á su vez á la de Domínguez Hermanos, por saldo de cuenta social, después de quedarse en parte de pago de su *haber* comanditario los 27.300 pesos que obraban en su poder, la cantidad de 6.754 pesos con 90 centavos, cuya cantidad debía compensarse con la de 5.477 pesos 91 centavos; resultando de todo un saldo á favor de Domínguez Hermanos de 276 pesos 91 centavos, á cuyo pago, con los intereses legales, se condena á D. Francisco y D. Venancio del Río con el carácter que litigan de gerentes de la Sociedad Río Hermanos; absolviendo tanto á éstos como á los demandados respectivamente de la demanda y reconvención en todos los demás extremos que comprende, sin expresa condena de costas de ambas instancias, estableciendo, entre otros considerandos, en el treinta y nueve, que había que aceptar que las cantidades del *debe* y *haber* que fueron objeto de la liquidación de los apoderados no podían figurar en la cuenta presentada con la demanda, y de la que, por lo tanto, procedía la eliminación de las partidas del *debe* del primer extracto de 30 de Octubre de 1865: primera, de 883 pesos 24 centavos; cuarta, de 1.600; quinta, de 640; sexta, de 1.053; décima, de 1.218 con 5; doce, de 200;

trece, de 100; diecisiete, de 130; dieciocho, de 100; diecinueve, de 3.392 con 45; veintiuna, de 195; y veintidós, de 80; si bien por la conformidad de las partes había que colocar, en lugar de la partida 19 de 3.392 pesos con 45 centavos, la de 2.686 pesos con 51 centavos, diferencia entre la cantidad de 705 pesos ya liquidados por los apoderados, y la que los demandantes reclamaban en ese lugar; y del *haber* del mismo primer extracto las partidas primera de 1.462 pesos 50 centavos; segunda, de 129 con 60; cuarta, de 799 con 50; quinta, de 1.580, y sexta de 100, comprendidas todas en la partida de 6.000 pesos que como primera del *debe* aparecía en la liquidación de los apoderados, y detallaba y confirmaba D. Francisco del Río en su carta de 27 de Noviembre de 1866, procediendo tal eliminación con los intereses respectivos á cada una de esas partidas; en el cuarenta, que por las mismas razones y en la propia forma había que eliminar las partidas del *debe* del segundo extracto, octava, de 60 pesos; novena, de 65; once, de 130; doce, de 9.000; catorce, de 65, y quince de 680; que formaban la otra partida del *debe* de la liquidación de los apoderados, importante 10.000 pesos; y las del *haber* del mismo estado, primera, de 100 pesos; segunda, de 8.684 con 76; sexta, de 4.788; incluídas en la repetida liquidación la sexta y trece del *debe* del mismo extracto que figuraban por 1.478 y 401 pesos, porque si una y otra partida formaron parte de la liquidación del cargamento de harinas á Australia, que en participación hicieron demandantes y demandados, y en efecto en los estados de liquidación de ese negocio aparecían esas partidas, habría que conceder que no podían separarse de aquel todo ya liquidado de que formaban parte para traerlos á otra cuenta que debía ser y era distinta; y si pues el cargamento se liquidó separadamente y fué objeto de la practicada por los apoderados en 10 de Noviembre de 1866, confirmada por D. Francisco del Río en 27 del mismo mes, y en aquella liquidación se cometió error, como éste debía subsanarse allí donde se padeció, habría que concluir en que aun cuando Domínguez Hermanos negase primero estas partidas, y al interrogarle diciendo la procedencia, confesase que el dinero que representaban se había entregado, aunque ignoraba si estaban liquidadas tales partidas, en nada podía esto influir en la resolución de este punto concreto, ya que desde el momento que concediendo la completa prueba de las partidas, no podían separarse de los demás constituyentes la liquidación del cargamento hecho por los apoderados; en el cuarenta y uno, que si lo liquidado por éstos no podía ser objeto de nueva liquidación englobando sus partidas con otras no liquidadas, sino que los agravios por ella inferidos habrían de reclamarse separadamente y no como petición de saldo de cuenta no ajustada sino como rectificación de errores padecidos en cuenta liquidada, sería consecuencia que eliminadas todas las partidas que fueron objeto de la liquidación de los apoderados, habría que excluir también las que representaban las cantidades entregadas por los apoderados á Domínguez Hermanos en pago del saldo que á su favor resultaba en la cuenta que ellos liquidaron, ó sea la dieciocho, de 4.745 pesos 19 centavos, la veinte, de 1.711 con 4, y la veintiuna, de 61 con 70 del *debe* del mismo segundo extracto, y en el cuarenta y dos, que realizadas las eliminaciones expresadas como consecuencia de la liquidación de los apoderados y la de las partidas dieciséis y diecisiete, de 25.000 y 2.300 pesos, pertenecientes á la cuenta social, resultaba el 26 de Marzo de 1873, en que se cerraban los estados de la demanda, un saldo á favor de Río Hermanos por la cuenta extrasocial de 5.477 pesos con 91 centavos, que la Sociedad Domínguez Hermanos venía obligada á abonar á la Sociedad demandante, con interés de 1 por 100 mensual, pactado y reconocido:

Resultando que los gerentes de la Sociedad Río Hermanos interpusieron recurso de casación por quebrantamiento de forma, con protesta de

interponer en su caso y lugar el de infracción de ley, fundado en el número 6.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil por corresponder á los Tribunales de Chile conocer de cuanto se refiriera al término y liquidación de la Sociedad Río Hermanos; y admitido el recurso, la Sala tercera de este Supremo Tribunal, por sentencia de 25 de Junio de 1889, declaró no haber lugar á él, por considerar que es Juez competente para conocer de la reconvención aquél ante el cual el demandante haya deducido su demanda, siempre que pueda sustanciarse por los trámites de ella, á menos que lo pedido exceda de la cuantía á que alcancen las atribuciones del Juez, en cuyo caso no se encontraba la deducida por el demandado en estos autos; que la reconvención se propuso al contestar la demanda, y que podía sustanciarse por los mismos trámites que aquélla, siendo, por lo tanto, los recurrentes los que reconocieron la competencia del Juez de Granada al acudir á él con su demanda:

Resultando que los mismos gerentes de la Sociedad Río Hermanos han interpuesto recurso de casación, que han limitado á los tres puntos ó cuestiones correspondientes, alegando:

Primera cuestión. Que al eliminar la sentencia del *Haber* y *Debe* de los estados de cuentas presentados con la demanda las partidas que mencionaban los considerandos 40, 41 y 42, infringe:

1.º El art. 276 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, cuando empezó este pleito, y 577 de la actual, según el cual, carecen de todo valor las pruebas practicadas fuera del término concedido al efecto; doctrina confirmada también por la sentencia de este Supremo Tribunal de 19 de Enero de 1872; pues las liquidaciones que los demandados presentaban para acreditar que tenían saldadas sus cuentas con los Sres. Myers, Bland y Compañía, habían sido adveradas años después de estar concluso el término extraordinario de prueba, faltando, por consiguiente, al Tribunal sentenciador la base para el erróneo é inconcebible argumento de que no era posible rectificar las equivocaciones de una cuenta liquidada:

2.º El pacto lícito y manifiesto contenido en toda liquidación de salvar los errores ú omisiones que en ella se padecieran; la ley 30, tít. 11 de la Partida 5.ª, el art. 243 del Código de Comercio de 1829, y la voluntad de las partes consignada explícitamente en las cartas de 6 de Marzo de 1869, 1.º y 7 de Abril del mismo año y 12 de Mayo y 27 de Julio de 1870, cuya virtualidad no desconocía ni atenuaba la Sala sentenciadora, pues resultaba demostrado que en las liquidaciones de los apoderados de Valparaíso bajo los informes y sugestiones de Domínguez Hermanos, figuraban simuladamente en el *Haber* de éstos partidas como las de 3.062 pesos 50 centavos que se suponían entregados por D. Antonio Carpintero á Río Hermanos, lo cual era completamente inexacto; 500 pesos que arbitrariamente se abonaron á aquéllos por supuestos gastos hechos en busca de D. Francisco Petit; y por último, el flete de la barca *Domínguez Hermanos,* que fijaron en 4 libras esterlinas por tonelada, cuando en el contrato celebrado por cartas de 16 de Agosto y 10 de Octubre de 1865 se había convenido el de 3 libras esterlinas; constando igualmente, y de ello se hacía cargo la sentencia, que el saldo que por razón del negocio de harinas aparecía ser en las liquidaciones de Myers, Bland y Compañía favorable á Domínguez Hermanos, era en realidad de 4.862 pesos 40 centavos á favor de Río; constando, por último, de las cartas de 6 de Marzo, 1.º y 7 de Abril de 1869, 12 de Mayo y 27 de Julio ya citadas y de que hacía mención la sentencia, que lejos de ser los Domínguez acreedores de Río Hermanos en la cuenta de buques, les eran, por el contrario, deudores de 8.461 pesos;

Y 3.º Y en el supuesto de que la Sala se hubiese desentendido de los poderes instrumentales, las cartas reconocidas y las confesiones prestadas en juicio por los litigantes, las leyes 114 y 119, tít. 18 de la Partida 3.ª; la

2.ª, tít. 13 de la misma Partida, y el art. 508 de la ley de Enjuiciamiento civil, que demostrarían el error de hecho y de derecho de que trataba el núm. 7.º del art. 1692 de la ley:

Segunda cuestión. Que al eliminar de la cuenta la Sala sentenciadora las partidas números 16 y 17 del segundo extracto, y eximir, por consiguiente, á Domínguez Hermanos del abono de los intereses estipulados, entregándoles fuera de toda razón la casi totalidad de capital que había aportado á la Sociedad de Chile, infringe la sentencia:

1.º El art. 139 del Código de Comercio vigente entonces en España, según el cual, el comisionista debe reintegrar al comitente de cuanto hubiere recibido por razón de la comisión:

2.º El pacto reconocido y confesado por la sentencia, que Domínguez Hermanos y Río Hermanos habían celebrado, de estar á cuenta corriente con interés de 1 por 100 mensual:

3.º La ley del tít. 13 de la Partida 3.ª, y el art. 580 de la de Enjuiciamiento civil, en cuanto se desentiende de las reiteradas confesiones hechas por Domínguez Hermanos, tanto en este pleito y principalmente en el ejecutivo, en las cuales afirmaron aquéllos haber recibido á cuenta corriente los 27.300 pesos de Petit y de Gibbs:

4.º La cláusula 10 de la escritura social, que prohibía á los socios retirar parte alguna de su capital hasta ser cumplido el término de la Sociedad, pues tanto valía como retirar el capital de ella, el haberse apoderado de fondos de la misma en Junio de 1866, y disfrutándolos desde entonces hasta hoy sin abonar por ello el menor interés á los consocios:

Tercera cuestión. Y que consistiendo ésta en haber abusado la Sala sentenciadora de su jurisdicción, conociendo en un asunto que no era de la competencia judicial, se han infringido:

1.º Las leyes 15, tít. 1.º de la Partida 1.ª, y 15, tít. 14 de la Partida 3.ª, con arreglo á las cuales no parecía siquiera cuestionable que la Sociedad chilena Río Hermanos, constituída en virtud de las escrituras de 3 de Febrero de 1864 y 14 de Enero de 1865, había estado sometida, y debía por tanto ser juzgada conforme á las leyes de la República de Chile; la doctrina común á los Códigos mercantiles de Chile y España, artículos 323 del Código español y 415 del chileno, de que si en la escritura social de una Compañía mercantil se hubiere omitido el pacto de que las diferencias entre los socios habían de someterse al juicio de arbitradores, se tendrá por hecha esta estipulación; y la doctrina en que asimismo estaban conformes ambas legislaciones, artículos 345 español y 414 chileno, de que la división del haber social, si no pudiera ser practicada de común acuerdo, fuera sometido á juicio arbitral: y para que no cupiera duda de lo completamente claro que en uno y otro derecho es el precepto de que no es materia de la competencia de los Tribunales ninguna contienda sobre asuntos interiores de una Sociedad mercantil, y menos sobre liquidación y división del haber social, lo había dicho terminantemente el artículo 275 de nuestra ley de Enjuiciamiento mercantil, y aunque en forma menos explícita lo confirma el 2176 de la moderna ley de Enjuiciamiento civil, también infringidos:

2.º Aun prescindiendo de la radical incompetencia por razón de la materia, de los Tribunales inferiores, en cuanto el fallo parecía inclinarse á declarar terminada la Sociedad antes del vencimiento de un plazo legal y por motivo del supuesto concurso en que creía incidió, los artículos 407 del Código mercantil chileno en sus relaciones con los artículos 2098 y 2100 del Código civil de la misma nación, así como el 329 del Código mercantil español, cuyas causas 2.ª y 5.ª eran de todo puntoinaplicables al caso del pleito:

3.º La cláusula 17 de la escritura social, así como los artículos 409 del

Código mercantil chileno, 337 y 338 del español, en cuanto prescindiendo de las formas establecidas en aquélla y éstos para la liquidación, se permitía fijar un saldo por capital y utilidades á favor de Domínguez Hermanos, y lo que era más grave, pagárselo con mucha anterioridad á la época en que habían debido recibirlo:

4.º El art. 381 del Código mercantil chileno, 349 del español y la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 7 de Octubre de 1881 y 6 de Marzo de 1886, según las cuales los socios no pueden retirar el capital sin que preceda liquidación de la Sociedad y se demuestre que están cubiertas sus responsabilidades:

5.º Los artículos 312 y 316 del Código mercantil español, cuyo sentido concuerda con el 404 del chileno; el principio de que es lícito todo lo que no esté prohibido, y la cláusula 13 de la escritura social, en cuanto, olvidándose de ésta é interpretando mal aquéllos, se ha desentendido la sentencia de los derechos que D. Venancio y D. Francisco del Río adquirieron por cesión de los acreedores y apoderados de la Sociedad Río Hermanos:

Y 6.º Las leyes 13 y 18, tít. 34 de la Partida 7.ª, en cuanto la sentencia con cosas propias de la Sociedad Río Hermanos y contra la voluntad de ésta, había enriquecido, violando las leyes, á Domínguez Hermanos, ya condonándoles los intereses de los 27.200 pesos, ya relevándoles del pago de sumas que en sus cuentas tenían reconocidas y aceptadas como débitos legítimos á favor de aquella Sociedad.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la prueba de las liquidaciones pasadas entre Myers, Bland y Compañía, apoderados de Río Hermanos, y Domínguez Hermanos, no consiste sólo en el reconocimiento de la letra y de las firmas de las cartas y cuentas que las contienen, sino también en la prestación de dichos documentos, en las muchas cartas producidas por el recurrente ó reconocidas por él que tienen conexión íntima con ellos, y en la confirmación que él mismo les ha prestado en sus escritos y en las posiciones que formuló para Domínguez Hermanos; y por lo tanto que, aun cuando dicho reconocimiento se haya verificado fuera del término probatorio, la Sala estima la existencia de las referidas liquidaciones sin infringir el art. 276 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, ni sus concordantes, el 577 de la de 1881 y doctrina de la sentencia citada como aquéllos en el motivo 1.º del recurso, referentes todos á que las diligencias de prueba se practiquen dentro del plazo legal:

Considerando que la sentencia no infringe el principio de que en toda liquidación queda á salvo el derecho de enmendar los errores ú omisiones que en ella se padecen, ni la ley 30, tít. 11, Partida 5.ª, que lo sanciona, pues precisamente por esta razón elimina de los extractos de cuenta formados por el recurrente y aceptados, aunque no en términos absolutos por los demandados, las partidas de cargo y data, comprendidas en las liquidaciones con anterioridad ultimadas entre éstos y Myers, Bland y Compañía, apoderados de Río Hermanos; y que al hacerlo, partiendo del efecto legal que tales liquidaciones produjeron, expresamente reconoce que contra éstas cabía una impugnación concreta por los errores que en ellas se hubiesen cometido, la cual no ha hecho en estos autos el recurrente al accionar en el supuesto de la nulidad ó ineficacia total de las mismas:

Considerando que tampoco puede admitirse que la sentencia sea contraria á la voluntad de las partes, manifestada en las cartas de 1869 y 1870, que se citan en el motivo 2.º, posteriores á las liquidaciones pasadas con Myers, Bland y Compañía, ni que en tal concepto infrinja el art. 243 del antiguo Código de Comercio, desconociendo la perfección de los contratos celebrados por correspondencia desde que el que recibió la propuesta en

tal forma expida la contestación aceptándola pura y simplemente; porque en tales cartas no se concertó negocio alguno, ni se trató en ellas de ultimar ninguna diferencia entre los socios, sino simplemente de comunicarse partidas para su asiento en la contabilidad respectiva, aceptándolas los Domínguez Hermanos, sin rectificar ni hacer mención siquiera de las liquidaciones anteriores, y reservándose expresamente determinar el saldo con Río Hermanos, ó sea convenir la liquidación general cuando éstos les enviaren un estado de cuentas más completo:

Considerando que por la razón que precede, y por la de ser las cartas sobre fletes de la barca *Domínguez Hermanos*, que se citan en dicho motivo 2.º, anteriores á las liquidaciones de Myers, Bland y Compañía, es claro que ni aquéllas ni las de 1869 y 1870, antes mencionadas, demuestran evidentemente los errores de hecho que determina el repetido motivo; y que no habiéndose desentendido la Sala de tales cartas, ni de los demás medios de prueba que refiere el motivo 3.º, sino que por el contrario los ha apreciado y ha razonado sobre ellos en relación con los otros muchos elementos de prueba que ofrece el pleito, no infringe las leyes que en este supuesto se invocan en el mismo motivo 3.º, y que son los que dan valor á cada una de aquellas pruebas que la Sala ha estimado en conjunto:

Considerando que la sentencia sienta que los 25.000 duros cobrados de Petit y los 2.300 de Gibbs é hijos por Domínguez Hermanos, lo fueron en virtud de encargo especial de Río Hermanos para tenerlos á disposición de éstos cuando la Sociedad liquidase entre ellos, por el estado de concurso y liquidación á que de hecho habían venido por la guerra entre Chile y España y por la ausencia forzada de los socios, y que, por consiguiente, no entraron en la cuenta corriente extrasocial, abierta por Río Hermanos á Domínguez Hermanos para los negocios propios de éstos, que es en la que está reconocido el mutuo abono del interés de 1 por 100 mensual, y en este concepto declara deuda de Domínguez Hermanos á favor de Río Hermanos las dos cantidades expresadas sin tales intereses, y las compensa con sus créditos por aportación y ganancias sociales, todo lo cual no se opone á confesión explícita que hayan prestado los Domínguez en estos autos ni en los ejecutivos, además de que lo que hubiesen declarado en dichos autos ejecutivos no tendría valor de confesión en los presentes, porque son requisitos esenciales de la confesión que haya de terminar el juicio en la materia sobre que recaiga, que se otorgue con libertad ante el Juez del pleito pendiente, y que sea cierta sobre el hecho ó circunstancia que con ella se quiera probar:

Considerando que por lo expuesto en el anterior es evidente que la sentencia no infringe ni el art. 139 del Código de Comercio que se cita en el motivo 4.º, puesto que no puede aplicarse á Domínguez Hermanos la calificación de comisionistas en este caso, ni aun admitiéndola habría de su parte morosidad en haber retenido cantidades para el objeto de la llamada comisión, ni el pacto de estar á cuenta corriente con interés, como se dice en el 5.º, ni la ley del tít. 13 de la Partida 3.ª y art. 580 de la de Enjuiciamiento civil, que se alegan en el 6.º, ni la cláusula de la escritura social que se invoca en el 7.º:

Considerando que la competencia de los Tribunales españoles y de la jurisdicción ordinaria para conocer de todo lo comprendido en este pleito, ha sido ejecutoriamente reconocida, y ni cabe nueva discusión sobre ello después de la sentencia de la Sala tercera de este Tribunal, que desestimó el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la misma parte de Río Hermanos; y que las cuestiones de fondo sobre la aplicación de las leyes de Chile, y de ser la decisión de las diferencias entre los socios y las reclamaciones sobre la división del haber social materia exclusiva del juicio arbitral, no se produjeron oportunamente al fijar

el debate en primera instancia, ni el texto de las leyes chilenas ha sido objeto de prueba, y por lo tanto que no pueden servir de fundamento al recurso de casación que se formula en el motivo 8.º:

Considerando que la sentencia no resuelve la terminación de la Sociedad Río Hermanos por las causas del art. 329 del Código de Comercio, en las que seguramente estuvo comprendida, sino que parte de su terminación y liquidación, como de un hecho probado y reconocido por todos antes del pleito, y por lo tanto que no infringe el artículo citado en el motivo 9.º, ni la cláusula 17 de la escritura social y art. 338 del mismo Código, alegados en el 10, en el concepto de que se hubiese de proceder ahora á la liquidación, ni el art. 349, que en el 11 se dice violado también en el mismo supuesto:

Considerando que la Sala sentenciadora aplica rectamente los artículos 312 y 316 del Código de Comercio, que se citan en el motivo 12, al traer al fondo social los beneficios obtenidos por los hermanos Río de los acreedores y liquidadores, pues que dichos Río no obraron en los contratos en que se les otorgaron en otro concepto que en el de gerentes de la Sociedad; y que por lo tanto tampoco infringe la cláusula 13 de la escritura social, relativa al término de la Sociedad, ni el principio de que es lícito lo que no está prohibido, puesto que por las disposiciones citadas lo está á los gerentes negociar por su cuenta y en su beneficio exclusivo:

Considerando que el motivo 13 y último es una reproducción sustancial de todos los anteriores, puesto que únicamente se apoya en la base ya desestimada de haber transmitido la sentencia á Domínguez Hermanos contra la voluntad de los Hermanos Río, cosas propias de éstos y de su enriquecimiento, con infracción de las disposiciones legales de que queda hecho mérito;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Francisco y D. Venancio del Río, como gerentes de la Sociedad Río Hermanos, á quienes condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 27 de Enero de 1891, y publicada en la *Gaceta* de 18 de Febrero del mismo año.)

27

RECURSO DE CASACIÓN (28 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Reintegro de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Eugenia Zarza en pleito con D. Adolfo Chabat (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que la sentencia absolutoria de la demanda resuelve todas las cuestiones suscitadas entre los litigantes y no infringe el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Que no es de estimar la infracción de la ley 2.ª, tít. 23, Part. 7.ª, tratándose de contratos explícitos y terminantes que no se prestan á duda ó interpretación de ninguna clase.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Enero de 1891, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, pendiente ante Nos, á virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta corte y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, por Doña Eugenia Zarza y Zamorano, de esta vecindad, dedicada á las labores de su sexo, como madre y representante legal de los menores D. Benito, Doña Carmen, Doña Josefa

y Doña María de Cela y Zarza, y en su nombre el Procurador D. Luis Soto, bajo la dirección del Letrado D. Eduardo Serrano y Fatigati, con Don Adolfo Chabat y Puigsegur, propietario, y D. Mónico Oñoro y Mingo, administrador de fincas, también de esta vecindad, y en su representación y defensa el Procurador D. Daniel Doze y el Abogado D. Laureano Delgado, sobre reintegro por los segundos á la primera de 10.000 pesetas con sus intereses legales, y otros extremos:

Resultando que por contrato de inquilinato que suscribieron en esta corte el 1.º de Febrero de 1885 Doña Eugenia Zarza y el administrador D. Mónico Oñoro, aquélla arrendó la tienda primera de dos puertas en la planta baja de la casa núm. 35 de la calle de Carretas, con fachada á la misma calle, de la propiedad de D. Adolfo Chabat, por término de cuatro años, prorrogables por igual período de tiempo, que empezaría á correr aquel día, en precio de 30.000 reales en cada uno, pagaderos por trimestres adelantados; suscribiendo también el D. Mónico Oñoro, en 7 del propio mes de Febrero de dicho año 85, un recibo á favor de la Doña Eugenia Zarza de la cantidad de 15.000 reales, importe de un trimestre de alquiler y fianza, por la mencionada tienda, expresándose en el mismo que dicha Doña Eugenia le entregaría, además, 40.000 reales que como traspaso de aquélla habían convenido, cuya entrega haría al firmar el contrato de la repetida tienda; y en 21 de Marzo siguiente suscribieron igualmente el precitado D. Mónico Oñoro, como administrador de la enunciada casa núm. 35 de la calle de Carretas, y D. Adolfo Chabat, otro recibo á favor de la Doña Eugenia Zarza de la cantidad de 10.000 pesetas, por cesión de la tienda expresada; bajo la condición de que ni la Doña Eugenia ni sus herederos tendrían derecho alguno á que se les devolviera la referida cantidad:

Resultando que entablados por D. Adolfo Chabat autos de desahucio de la tienda enunciada por falta de pago de alquileres de la misma, en el acto de la correspondiente comparecencia manifestó Doña Eugenia Zarza tener entregadas 10.000 pesetas al verificar el contrato, por lo cual ninguna cantidad adeudaba; recayendo sentencia, fecha 26 de Diciembre de 1886, por la que se declaró haber lugar al desahucio, expresándose en uno de sus considerandos no poderse tener la entrega de aquella suma como depósito para el pago de las rentas, y sí para hacerlo de la cesión por alquiler, independiente por completo de las condiciones de arrendamiento:

Resultando que en 20 de Octubre de 1888 la repetidamente expresada Doña Eugenia Zarza y Zamorano, como madre y legal representante de los menores D. Benito, Doña Carmen, Doña Josefa y Doña María de Cela y Zarza, después de haber obtenido declaración de pobreza para litigar, formuló en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta corte la demanda de autos, con la pretensión de que, teniéndose por ejercitadas las acciones nacidas de los contratos de arrendamiento y de traspaso, en que intervinieron juntamente D. Mónico Oñoro y D. Adolfo Chabat, se les condenase en su día á que reintegraran á la demandante, con sus intereses legales, las 10.000 pesetas que recibieron á título de traspaso de la ya dicha tienda, á que abonasen el importe de las mejoras necesarias y útiles realizadas en el local, y á que indemnizasen los perjuicios originados por infracción de las cláusulas del contrato de arriendo, con expresa imposición de costas, para lo cual, con referencia de antecedentes, expuso, en lo atinente al recurso del día: que Doña Eugenia Zarza formalizó el contrato de arriendo de 1.º de Febrero de 1885, contando con el capital de sus hijos; y para atender á los gastos de que hizo mérito, contrataron dichos menores con la correspondiente autorización judicial un préstamo de 50.000 pesetas con el Banco Hipotecario de España, dando en garantía la casa de su propiedad, sita en el paseo de Areneros; que en 7 de Febrero

de 1885, ó sea siete días después de suscrito el contrato de arrendamiento, firmó D. Mónico Oñoro el recibo de la suma de 15.000 reales, importe de un trimestre adelantado y otro de fianza, diciéndose á la vez que Doña Eugenia Zarza entregaría además 40.000 como precio del traspaso de la tienda, según lo verificó, haciéndose constar la entrega en el otro recibo de 21 de Marzo del mismo año, que suscribieron dicho Oñoro y D. Adolfo Chabat, siendo necesario advertir hizo aquella entrega de las 10.000 pesetas en la creencia de existir efectivamente el traspaso, y de que aquel dinero, aun cuando lo recibiese el propietario, iba á pasar á manos del anterior inquilino, puesto que el dueño y el administrador de una finca no realizan jamás traspasos, sino arriendos; pero la enunciada suma quedó en poder de dicho propietario, ó de éste y del administrador, y como semejante contrato era nulo de toda nulidad, de nada servía la renuncia de derechos estampada en el recibo, sin aquiescencia de Doña Eugenia; y los menores reclamaban por ello la devolución de las 10.000 pesetas, mal pagadas, con los correspondientes intereses, dirigiendo la demanda contra D. Mónico Oñoro y D. Adolfo Chabat á la vez, ya por estar firmado por ambos el recibo de la repetida suma, ya por haber suscrito únicamente el administrador el contrato de arriendo; que el contrato de cesión ó traspaso de la cosa arrendada se realiza siempre entre arrendatarios y subarrendatarios, por estar reducido á una subrogación de derechos y obligaciones basadas necesariamente en un contrato preexistente de arriendo; y que eran aplicables las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. 25, Part. 3.ª, las cuales definen la restitución *in integrum* y modo de plantearla; y la 1.ª y 2.ª, título 19, Part. 6.ª, y sentencia de este Tribunal Supremo de 6 de Abril de 1886, que declaran proceder aquélla siempre que se pruebe haber sufrido menores algún perjuicio:

Resultando que los demandados Chabat y Oñoro se opusieron á la demanda, solicitando se les absolviera de ella, con las costas á la parte actora, y alegaron, relacionando antecedentes en lo relativo á la entrega de las 10.000 pesetas: que al solicitar Doña Eulogia Zarza en arrendamiento el local mencionado, la exigió Chabat para cederle aquél en tal concepto, el pago por vía de traspaso é independientemente del precio del alquiler de la expresada suma, condición que aceptó entregando las 10.000 pesetas, con la declaración de no tener la misma ni sus herederos, en ningún caso, derecho á reclamar su devolución, como se consignó en el recibo de 21 de Marzo de 1886; que terminadas con el desahucio las cuestiones pendientes entre los demandados y la Doña Eugenia, ésta no reclamó dichas 10.000 pesetas, entregadas para obtener la cesión del local, las que ya en el indicado juicio de desahucio se declaró no deber reputarse entregadas á cuenta de alquileres, ni imputarse en pago de éstos; que los menores hijos de Doña Eugenia Zarza, en estos autos demandantes, no intervinieron para nada, ni fueron parte en los contratos celebrados entre la misma y los demandados, ni éstos habían realizado ninguno con los referidos menores, ni sabían, ni les importaba si el dinero empleado en el establecimiento del café que tuvo en la calle de Carretas, núm. 35, era ó no propio de sus citados hijos; que D. Mónico Oñoro, al contratar con Doña Eugenia Zarza, obró como apoderado y en representación de D. Adolfo Chabat, y con el mismo carácter había realizado también posteriormente todos los demás actos á que la demanda se contraía; que siendo principio de derecho, consagrado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, darse sólo las acciones nacidas de los contratos á favor de las partes que en ellos intervienen, para exigir de las demás contratantes el cumplimiento de lo convenido ó la rescisión de aquéllos con la consiguiente indemnización de perjuicios, y no figurando para nada en el de inquilinato los menores Cela, carecían de acción y de derecho para reclamar, teniendo á su favor y oponiendo desde

luego los demandados la excepción de *sine actione agis,* sin que tampoco pudiesen utilizar, por el mismo motivo, el beneficio de la restitución *in integrum*, que además era extraordinario y no tenía lugar sino para el efecto de que se rescindieran los contratos; que como todos los actos celebrados por personas capaces de obligarse son válidos y eficaces y deben cumplirse por los contratantes, con arreglo á la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y á la jurisprudencia constante de este Tribunal Supremo, á no ser contrarios á la moral ó al derecho, no podía dudarse de la validez del convenio celebrado entre Doña Eugenia Zarza y los demandados, por virtud del cual la primera se obligó á entregar y entregó á Chabat 10.000 pesetas por la cesión de la tienda; pues fué contraído por personas con capacidad suficiente para obligarse, no contrariaba precepto alguno de nuestro derecho, y tenía causa conocida y legítima, cual lo era el que Chabat prefiriese á la Doña Eugenia, mediante el pago de aquella cantidad, ó todas las demás personas que hubieran podido solicitar ó hubieran solicitado el arrendamiento del local alquilado por ella, y si dicho convenio era válido aisladamente considerado, lo sería también con arreglo á la ley 2.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª, y el art. 1.º de la de 9 de Abril de 1842, que permiten al propietario establecer todos los pactos que estime convenientes en los contratos de arrendamiento de fincas urbanas, siempre que no sean contrarios á la moral y al derecho, sin tener aplicación al caso la ley 8.ª, tít. 10, libro 10 de la Novísima Recopilación, por estar derogada en la de Abril de 1842, á más de no ser prohibitiva:

Resultando que replicando la parte demandante, pidió se fallara en definitiva del modo solicitado en la demanda, con la previa declaración de ser nulo y de ningún valor el contrato de traspaso exigido por D. Mónico Oñoro y D. Adolfo Chavat, fijando al efecto los puntos de hecho y fundamentos de derecho que estimó convenirla, en los que dió por reproducidos los de dicha demanda con algunas adiciones é impugnación de los alegados en contrario por la otra parte, y entre las indicadas adiciones sostuvo: que no era cierto exigiesen Chabat ni Oñoro las 10.000 pesetas como prima á su favor por cesion del local, sino exclusivamente como traspaso del mismo, y en este concepto, y en el de ser aquella suma reclamada por el arrendatario anterior, realizó Doña Eugenia tal desembolso, al que no hubiera accedido jamás en otro caso, por considerarle abusivo y de todo punto ilegal: que habiendo contratado Doña Eugenia con la representación que la daba su título de madre, y habiéndose demostrado desde el primer momento que el casero lo arrendaba para sí y para sus hijos, la omisión de esta personalidad en el contrato de arriendo no privaba á los menores de los derechos inherentes á todo contratante; y en lo relativo al contrato de traspaso, comprobado sólo por el recibo de las 10.000 pesetas, menos podía negarse la personalidad de los menores, siendo así que Doña Eugenia las entregó á nombre de ellos y con fondos de la exclusiva pertenencia de los mismos, sin intervenir en el asunto más que con el exclusivo carácter de representante legal de sus hijos; que las leyes contenidas en el tít. 19 de la Partida 6.ª, referentes á la restitución *in integrum,* y sobre todo la 5.ª, establecían deberse dar lugar á dicha restitución, ó sea á la nulidad del contrato respectivo, mediando cualquier postura que menoscabe los bienes del menor; y como los menores fueron los que entregaron las 10.000 pesetas del traspaso, contrato ilegal basado en una causa falsa, tenían derecho á su restitución con sus intereses; y que el referido contrato de traspaso no mencionado en el de arriendo y acreditado en documento separado, no podía reputarse como mero pacto agregado al de alquiler:

Resultando que evacuado el traslado de dúplica, insistiendo Oñoro y Chabat en las pretensiones del escrito de contestación, cuyos hechos y fundamentos de derecho dieron por reproducidos, negando los de la ré-

plica en cuanto con aquéllos no estuviesen conformes, se recibió el pleito á prueba, practicándola la parte actora de posiciones, testifical y documental, y para esta última se trajo testimonio, con referencia á los autos seguidos por Doña Eugenia Zarza á nombre de sus hijos menores, sobre autorización para contraer un préstamo, y últimamente sobre enajenación de la casa núm. 18 de la Cuesta de Areneros, según el cual, la Doña Eugenia, viuda de D. Braulio Cela y Pombo, por sí y en representación de sus dos hijos menores D. Ignacio Angel y Doña María, presentó escrito de 20 de Diciembre de 1884, que firmaron también aquéllos en unión de D. Carlos Serrano, esposo de la última, y del curador *ad litem* de dichos menores, solicitando se la autorizase para contraer un préstamo de 7.000 duros con hipoteca de la enunciada casa, previa información de necesidad y utilidad, para establecer un café en el núm. 9 de la calle de Preciados, la que le fué concedida en auto de 27 de Enero de 1885; en 3 de Febrero siguiente la misma Doña Eugenia pidió se ampliase aquella autorización hasta 10.000 duros, por no ser suficientes los 7.000 para desarrollar la industria á que había de dedicarse, y así se estimó en nuevo auto de 23 del mismo Febrero, autorizando á la Doña Eugenia para contratar por sí y como madre y representante legal de los menores D. Ignacio Angel, Doña María, Doña Carmen, Doña Josefa y D. Benito, previa la venia y licencia del marido de la segunda, el préstamo de los 10.000 duros con el Banco Hipotecario, no excediendo el rédito del 6 por 100 al año; la repetida Doña Eugenia, en 28 de Marzo inmediato, solicitó la aprobación de la escritura en que contrajo el citado préstamo, de fecha 27 de aquel mes, que igualmente otorgó el Juzgado; y por último, pidió la tantas veces mencionada Doña Eugenia nueva autorización para enajenar la parte que en la citada casa correspondía á sus hijos menores, á fin de cancelar la hipoteca constituída á favor del Banco, la cual le fué concedida, como las anteriores, en auto de 20 de Septiembre de 1887, bajo ciertas condiciones, verificando, en su consecuencia, dicha enajenación por escritura de 3 de Octubre del propio año 1887; habiéndose traído asimismo á los autos, como otro extremo de la prueba documental de la parte actora, testimonio en relación de la ya aludida escritura de 27 de Marzo de 1885, por la cual la Doña Eugenia Zarza y su hija Doña María, asistida de su esposo, la primera por sí y como madre y representante legal de los menores ya mencionados D. Angel, Doña Carmen, Doña Josefa y D. Benito, contrataron el préstamo de las 50.000 pesetas con el Banco Hipotecario al interés del 6 y 60 céntimos por 100, con hipoteca de la expresada casa paseo de Areneros, núm. 18:

Resultando que á su vez los demandados practicaron prueba documental, poniéndose el testimonio relativo á los autos de desahucio de que ya se hizo mérito, y después del trámite de conclusiones dictó sentencia el Juzgado de primera instancia, condenando á D. Adolfo Chabat y D. Mónico Oñoro á que se reintegrasen á Doña Eugenia Zarza y Zamorano, representante legal de sus hijos D. Benito, Doña Carmen, Doña Josefa y Doña María de Cela y Zarza 10.000 pesetas y los intereses legales desde la entrega de dicha suma por la misma Doña Eugenia á los expresados demandados, absolviendo á éstos de la demanda en cuanto á las mejoras, aun cuando dejando á salvo su derecho á Doña Eugenia; y también por lo que hace á indemnización por no haber traspasado aquélla el local; con imposición de costas á los demandados por las referentes á la condena, ó sea á lo actuado por las 10.000 pesetas, y sin hacerla expresa por las de los demás conceptos:

Resultando que de esta sentencia apelaron los predichos demandados Oñoro y Chabat, sustanciándose la apelación ante la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte; que en la dictada en 20 de Marzo del

año último revocando la apelada en los extremos por los que se condenaba á aquéllos á que reintegrasen á Doña Eugenia Zarza y Zamorano, representante legal de sus hijos D. Benito, Doña Carmen, Doña Josefa y Doña María de Cela y Zarza 10.000 pesetas, y los intereses legales desde la entrega de dicha suma por la misma Doña Eugenia, á los expresados demandados, con las costas en lo referente á esta condena; se absuelve á los propios demandados de la demanda contra ellos interpuesta por la Doña Eugenia Zarza á nombre de sus hijos, en los extremos que abraza, sin perjuicio de los derechos y acciones que á ésta le puedan corresponder directamente, nacidos del contrato de arrendamiento de 1.° de Febrero de 1885, celebrado entre la misma, como inquilina ó arrendataria de la tienda de la casa núm. 35 de la calle de Carretas de esta corte, y D. Adolfo Chabat y D. Mónico Oñoro, como propietario y administrador respectivamente de ella; sin hacerse especial condenación de costas de primera ni de segunda instancia:

Resultando que Doña Eugenia Zarza ha interpuesto en su consecuencia recurso de casación, como comprendido en los números 1.°, 2.°, 3.° y 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundado en haberse en su concepto infringido:

1.° El art. 359 de dicha ley de Enjuiciamiento, en cuanto manda que las sentencias sean congruentes con las pretensiones deducidas en el pleito, decidiendo todos los puntos litigiosos objeto del debate: mediante haber hecho caso omiso la Sala sentenciadora de la única cuestión debatida en la segunda instancia, ó sea la referente á la nulidad ó eficacia del supuesto contrato de traspaso de que se habla en los autos, haciendo extensivo el mismo silencio á la reserva de derechos consignada en la parte dispositiva del fallo:

2.° La doctrina repetidamente sancionada por este Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 26 de Mayo de 1873 y 17 de Abril de 1874, según la cual la sentencia que es clara y resuelve todas las cuestiones discutidas en el pleito, absolviendo ó condenando, no se opone á la doctrina, también de este mismo Tribunal, respecto á la congruencia que debe existir entre lo pedido y lo fallado; puesto que ha debido la Sala, por lo tanto, precisar si absolvía ó no á los demandados del reintegro de las 10.000 pesetas reclamadas, y si reservaba ó no á Doña Eugenia Zarza derecho para exigirlas:

3.° La ley 2.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, interpretada, entre otras sentencias de este Tribunal Supremo, por la de 31 de Diciembre de 1868, que dispone que en los contratos dudosos *el Juez debe tomar el entendimiento que es más acercado á la razón é á la verdad;* toda vez que, como en el supuesto traspaso no existió verdadero contrato con determinadas condiciones, constando únicamente la entrega de 10.000 pesetas por ese concepto, que no figuraba directa ni indirectamente en el contrato de arriendo, la Sala sentenciadora había debido apreciar por el conjunto de las pruebas practicadas á quién pertenecía dicha suma, y quién era, por consiguiente, el que tenía acción para exigir su reintegro; y como de esas pruebas consignadas en los resultandos aceptados por la referida Sala se desprende que los menores eran los únicos dueños del dinero, pudiendo ellos solamente reclamar su devolución, era evidente que, aun en el caso no realizado, de haberse reservado expresamente á Doña Eugenia Zarza el derecho á reclamar personalmente las 10.000 pesetas, esta reserva no produciría efectos útiles, por no poder cobrar para sí la madre lo que era de sus hijos: motivo de casación que se corroboraba atendiendo á que como Doña Eugenia Zarza no había firmado documento alguno para el traspaso, habiendo hecho contar tan sólo la entregar del dinero mediante la presentación de un recibo suscrito por los demandados, no cabía sostener obró

en aquel acto por su propia cuenta; patentizando, por el contrario, las pruebas practicadas que lo hizo á nombre de los menores, aun en el supuesto de que el contrato de arriendo fuera meramente personal:

4.º La doctrina declarada por este Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Enero de 1871, según la cual, si bien un contrato válido y perfecto es ley para los contrayentes, cuando se suscitasen dudas acerca de su inteligencia, ó se pretende desconocer su alcance y verdadero objeto, es indispensable, para determinarlos, consultar los hechos anteriores que le prepararon, el conjunto de circunstancias que le han acompañado, la intención y propósito de los otorgantes y los hechos subsiguientes de estos mismos con él relacionados, pues habiendo omitido en absoluto la Sala sentenciadora la apreciación de la prueba, infringiendo con ello la jurisprudencia constante en la materia, no se habían resuelto en el fallo las cuestiones debatidas en el pleito ni se habían aportado elementos para su resolución:

Y 5.º La doctrina sancionada del mismo modo por este Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Enero de 1886 de que no basta para entenderse eficaz y exigible una obligación el que conste la existencia de la convención ó pacto del cual se haga nacer aquélla, si no concurren además todos los requisitos legales de que depende su validez y eficacia; dado que no ha existido contrato de traspaso, faltando por consiguiente el requisito esencial de la causa cierta que haga válida la obligación, y siendo nula la entrega de las 10.000 pesetas, por lo cual debían reponerse las cosas al ser y estado en que se hallaban cuando las percibieron los demandados.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la sentencia no infringe el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni las doctrinas que se citan en los motivos 1.º y 2.º del recurso, porque todas las cuestiones suscitadas entre los litigantes han quedado resueltas al absolver de la demanda á D. Adolfo Chabat y Don Mónico Oñoro, estimando la excepción *sine actione agis* propuesta por ellos con relación á los menores de edad D. Benito, Doña Carmen, Doña Josefa y Doña María de Cela y Zarza, en cuyo exclusivo nombre se entabló por su madre la referida demanda:

Considerando que tampoco infringe la ley y doctrinas citadas en los motivos 3.º y 4.º, toda vez que el contrato de inquilinato y recibos presentados, que son explícitos y terminantes, no se prestan á duda ó interpretación de ninguna clase y que, atendida la reserva de derechos consignada en el fallo y á la cual se refiere uno de sus fundamentos, puede Doña Eugenia Zarza ejercitar las acciones que la correspondan:

Considerando que es inaplicable y no ha podido infringirse la doctrina alegada en el motivo 5.º, puesto que la sentencia no declara en manera alguna que existiese causa cierta para el traspaso ó cesión de la tienda, y que sea válido lo convenido, cuestión que no ha prejuzgado y que íntegra deja para ser decidida en el caso de que se promueva en forma por la persona que pueda hacerlo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Eugenia Zarza y Zamorano, como madre y representante legal de sus hijos menores de edad D. Benito, Doña Carmen, Doña Josefa y Doña María de Cela y Zarza, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 28 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Marzo del mismo año.)

28

Recurso de casación en asunto de Ultramar (28 de Enero de 1891). —Sala tercera.—*Entrega de bienes.* — No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Flora Pazos en pleito con D. Julián Caraza (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1727, en combinación con el 1726 de la ley de Enjuiciamiento civil para las islas de Cuba y Puerto Rico, no es procedente la admisión del recurso que se dirige contra la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora, á no ser que no esté comprendido en el núm. 7.º del art. 1690.

Resultando que seguidos autos por Doña Flora Pazos, por sí y como representante legal de su hija Doña María Concepción Vázquez, con D. Julián Caraza, sobre entrega de 700 cajas de tabaco y de una jaca, dictó sentencia el Juzgado de primera instancia de Pinar del Río, declarando no haber lugar á la demanda entablada de la que absolvió al mencionado Caraza, con condena de todas las costas á la demandante; cuya sentencia confirmó también con las costas la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana:

Resultando que la mencionada Doña Flora Pazos ha interpuesto recurso de casación como autorizado por el art. 1689, caso 1.º, en relación con el 1690, fundándole en el 1691, también caso 1.º, en relación asimismo con el 1692, regla 7.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la Península; ó sea en la infracción legal cometida en la parte dispositiva de la sentencia por error de la Sala sentenciadora en la apreciación de las pruebas, resultado de actos auténticos y reconocidos que demuestran la equivocación del juzgado; puesto que del segundo resultando de la indicada sentencia aparece poseía D. Julián Caraza una jaca mora de la propiedad de D. Juan Lorenzo, causahabiente de las demandantes, y si bien manifestó el demandado haberla adquirido por compraventa, no había justificado la entrega del precio ni probado la existencia de aquel contrato; y además se señalan en el recurso como infringidos los preceptos jurídicos de nuestra legislación, determinados en el tít. 5.º de la quinta Partida, en que se fijan de una manera evidente y clara las condiciones que la compraventa ha de tener, y entre ellas la ley 1.ª de dichos título y Partida que dice «qué cosa es vendida», y la 6.ª que determina en qué manera se dice «facer lo vendido é la compra» y todos los demás de aplicación al caso actual de los mismos título y Partida:

Resultando que el Ministerio fiscal se había opuesto á la admisión del enunciado recurso, habiéndose traído los autos á la vista con las citaciones correspondientes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que el recurso entablado se dirige contra la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora, y según lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1727, en combinación con el 1726 de la ley de Enjuiciamiento civil para las islas de Cuba y Puerto Rico, aplicable en estos autos, no es procedente su admisión á no ser que esté comprendido en el núm. 7.º del art. 1690, en cuyo caso de excepción no se halla por no ser el acto que se indica de los auténticos á que dicho número se refiere, ni resultar de él ningún error de hecho que demuestre la evidente equivocación del juzgador;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Flora Pazos, por sí y como madre de Doña María Concepción Vázquez, no

haciéndose declaración sobre costas por no haberse personado en este Tribunal Supremo la parte contraria; líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 28 de Enero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 12 Marzo del mismo año.)

29

RECURSO DE CASACIÓN (29 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Testamentaría.*—No ha lugar al interpuesto por D. Enrique Alemany en pleito con D. Joaquín Alemany (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que los herederos y legatarios son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría, con arreglo á lo que se dispone en el art. 1038 de la ley de Enjuiciamiento, y reconociéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe los artículos 405, 414 y 415 de la anterior ley, y aplica rectamente los 1037, 1055 y 1057 de la vigente:

Que la ley procesal aplicable á un juicio de testamentaría es la vigente al tiempo de deducir su acción las partes que lo promueven para la liquidación, división y pago de sus respectivos haberes, y no la que lo estaba al fallecer el testador, por lo que no ha prescrito dicha acción ejercitada á los catorce años de la muerte de aquél:

Que el haber el legatario dejado pasar algunos años sin ejercitar su derecho y haber recibido alimentos del heredero, no extingue la acción mientras ésta no haya prescrito:

Que el juicio de testamentaría es el adecuado para conocer y hacer efectivo el derecho de los interesados en la herencia, por lo que el auto que á instancia de éstos ordena la prevención de dicho juicio, no infringe las leyes 2.ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilación; 28, tít. 2.º, y 44, tít. 28, Partida 3.ª; el usatge *4.º, tít. 1.º, libro 8.º, volúmen 1.º de las* Constituciones de Cataluña; *la 38, tít. 1.º, libro 6.º, Digesto, y los artículos 406 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil y 1038 de la vigente, por la razón indicada y porque no tienen aplicación al caso las leyes que á la posesión se refieren, ya se atienda á que la herencia indivisa está poseída en común por los herederos para los efectos legales, aunque uno sea el tenedor de la cosa, ya se tenga presente que no se trata en el pleito de la posesión de los bienes testamentarios, sino de la parte que en éstos corresponda á cada uno de los herederos:*

Que en el propio caso no se infringen los artículos 1056 y 1058 del Código civil, si no estaba vigente al fallecimiento del testador y promovieron el juicio los herederos, porque el carácter que éstos tienen les da el derecho consiguiente á que se conozca la importancia de su haber por los medios que la ley de Enjuiciamiento civil tiene establecidos.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Santa Coloma de Farnés y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por Don Joaquín y Doña Josefa Alemany y Angelgrán, vecinos de la villa de Blanes, representados por el Procurador D. Pedro Alises de Alcañiz y defendidos por el Doctor D. José Leopoldo Feucon, D. Enrique Alemany y Angelgrán, Abogado, vecino de la villa de Lloret del Mar, y en su nombre el Procurador D. Angel Balvo, bajo la dirección en el acto de la vista del Letrado, sobre testamentaría:

Resultando que D. José Alemany y Romaní contrajo matrimonio con Doña Francisca Cardona, del cual tuvieron dos hijas, Doña María y Doña

Francisca; y en segundas nupcias casó con D. Francisco Angelgrán, de cuyo matrimonio tuvieron seis hijos, Enrique, Emilio, José, Joaquín, Dolores y Josefa:

Resultando que en 13 de Septiembre de 1861 D. José Alemany y Romaní otorgó testamento, en el cual legó á sus hijos del segundo matrimonio, Emilio, José y Joaquín, la cantidad de 1.000 libras catalanas á cada uno en pago de su legítima paterna y de suplemento y de lo demás que pudiera corresponderles, legó á su hija del primer matrimonio María, por igual concepto 1.000 libras, declarando que á cuenta de sus derechos recibió al casarse con D. Buenaventura Angelgrán una cómoda con vestidos y ropas correspondientes á su estado; legó á su hija del segundo matrimonio, Josefa, por idéntico motivo, 1.000 libras y una cómoda con todos los vestidos y ropas de su clase; declaró que según constaba de las respectivas renuncias otorgadas á su favor, se hallaban satisfechos los derechos de Francisca, hija de su primer matrimonio, monja del convento de Agustinas de Perelada, y de su hija del segundo matrimonio, Dolores, monja de las Bernardas de Gerona, por lo cual no les legaba nada; legó el usufructo de sus bienes á su esposa Doña Francisca Angelgrán, y nombró heredero á su hijo del segundo matrimonio, Enrique, el cual, para el caso que falleciera sin hijos, ó con tales que no llegasen á la edad de testar, instituyó á su otro hijo Emilio, ordenando otras sustituciones iguales entre sus demás hijos para los mismos casos:

Resultando que D. José Alemany y Romaní falleció en 25 de Diciembre de 1868, y en 28 de Enero de 1869, su viuda é hija Doña Francisca Angelgrán y D. Enrique Alemani, en concepto de usufructuaria y heredero de los bienes de aquél, otorgaron escritura de inventario de los mismos:

Resultando que los hermanos D. Emilio y D. José Alemany y Angelgrán fallecieron con posterioridad á su padre sin haber otorgado testamento; y en 22 de Septiembre de 1879 falleció también intestada Doña Francisca Angelgrán, siendo declarados herederos abintestato de la misma por auto de 12 de Abril de 1880 sus hijos D. Enrique, D. Joaquín, Doña Dolores y Doña Josefa Alemany:

Resultando que D. Joaquín y Doña Josefa Alemany y Angelgrán, ésta, autorizada por su marido D. Jaime Costa, comparecieron en forma ante el Juzgado de primera instancia de Santa Coloma de Farnés en 12 de Septiembre de 1881 con escrito en que, después de hacer mérito de los antecedentes que quedan referidos, expusieron: que D. Enrique Alemany y Angelgrán tenía en su poder, no sólo todos los bienes que dejó al morir el padre común, D. José Alemany, sino también todos los que constituían las herencias intestadas de su madre y de sus hermanos D. Emilio y Don José, á quienes Don Enrique nada había satisfecho ni entregado en pago ó á cuenta de las respectivas partes de su herencia paterna y materna; que siendo inútiles las gestiones practicadas al efecto, se veían los alegantes precisados á promover el correspondiente juicio, para que, practicándose el inventario, avalúo y partición de dichas herencias, terminasen los crecidos perjuicios que á todos los interesados estaba ocasionando la conducta de D. Enrique; que si bien su padre les legó la cantidad de 1.000 libras, y á Doña Josefa una cómoda con ropas y vestidos en concepto de legítima paterna, suplemento y demás derechos que pudieran corresponderles, sin embargo, atendida la consistencia ó valor de los bienes del mismo, la parte señalada á cada uno de sus hijos no alcanzaba á la cuarta parte dividida entre los legitimarios herederos forzosos que la ley señalaba; que en su virtud correspondía á cada uno de los alegantes, y reclamaban desde luego para el día que se practicase la división, sin perjuicio de lo que correspondiera igualmente á su hermana germana Doña Dolores y á su hermana consaguínea Doña María, si debidamente citadas, creían conveniente

reclamarlo: primero, una octava parte de la cuarta de la herencia paterna ó sea un 32 avo con frutos é intereses legales de dicha parte, á razón de 6 por 100 desde el 25 de Diciembre de 1868 en que falleció D. José Alemany Romaní, imputado ó comprendido en dicha parte el legado que éste hizo á los comparecientes en concepto de legítima paterna, suplemento y demás derechos en su citado testamento; segundo, que habiendo fallecido abintestato D. Emilio y D. José Alemany y Angelgrán, y después de su padre las dos octavas partes de la cuarta de la herencia paterna, con los frutos ó intereses legales al 6 por 100 desde el fallecimiento del padre común que correspondieron á aquéllos, y los demás bienes que tuvieran, debían distribuirse por igual entre Doña Francisca Angelgrán y los hermanos D. Enrique, D. Joaquín, Doña Dolores y Doña Josefa, y por consiguiente cada uno de los alegantes, como herederos abintestato de los repetidos sus dos hermanos, había de percibir un quinto de cada uno de los explicados dos octavos de la cuarta parte de la herencia paterna y de los demás bienes en que consistían las herencias de sus hermanos; tercero, y finalmente, á D. Joaquín y Doña Josefa Alemany y Angelgrán, como herederos abintestato, junto con D. Enrique y Doña Dolores de su madre común Doña Francisca Angelgrán, les correspondía una cuarta parte á cada uno de los bienes que ésta dejó al morir, con igual parte de los frutos percibidos y podidos percibir desde el 22 de Septiembre de 1879 en que falleció, debiendo venir involucrado en la herencia de la misma la quinta parte que le correspondió de cada una de las herencias intestadas de sus hijos D. Emilio y D. José; y ejercitando la acción real de petición de herencia, la de suplemento de legítima, la mixta de familia *erciscunde* y las demás reales y personales procedentes, pidieron que se tuvieran por prevenidos los juicios de testamentaría de D. José Alemany y Romaní, y de abintestato de su esposa Doña Francisca Angelgrán y de sus hijos Don Emilio y D. José Alemany, mandando citar á los interesados en dichas herencias, y disponiendo se hicieran judicialmente los inventarios, referentes á las cuatro, en la forma prevenida en el art. 1063 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, poniéndose en administración con las demás que se prevenía en derecho:

Resultando que ratificados en este escrito D. Joaquín Alemany y Don Jaime Costa, se tuvieron por auto de 10 de Marzo de 1882 por prevenidos el juicio de testamentaría y los de abintestato pedidos por los actores, mandando que se tramitasen en pieza separada y previamente lo relativo á la declaración de herederos abintestato de D. Emilio y D. José Alemany y Angelgrán, lo cual tuvo efecto, siendo declarados herederos de los mismos Doña Francisca Angelgrán y D. Enrique, D. Joaquín, Doña Dolores y Doña Josefa Angelgrán, según testimonio librado en 8 de Junio de 1883:

Resultando que acordado en el mismo día 8 de Junio de 1883 que se citen para los juicios de testamentaría á todos los interesados en ella, verificadas la citaciones, compareció en forma en 22 de dicho mes D. Enrique Alemany, formando artículo de previo y especial pronunciamiento para que se declarase nulo y sin efecto ni valor alguno el auto de 10 de Marzo del año anterior y demás actuaciones posteriores en lo que se refería á la prevención de juicio de testamentaría de D. José Alemany y Romaní, suspendiéndose mientras tanto el curso de la demanda presentada por Don Joaquín y Doña Josefa Alemany y Angelgrán, con arreglo al art. 744 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, é imponiendo á éstos el pago de las costas del incidente por haberlo provocado con temeridad, alegando para ello que las únicas personas que podían promover el juicio de testamentaría eran las que prevenía el art. 1638 de la ley de Enjuiciamiento civil, y los actores ni eran herederos testamentarios, ni cónyuges ni legatarios de parte alícuota, según resultaba de testamento, ni eran acreedores

en la forma que la ley exigía; que no cabía decir que tuviesen derecho porque eran legitimarios, pues la ley había sido reformada sobre este particular, ya que no se trataba ahora de simples herederos, sino que adicionaba la palabra testamentarios, que antes no existía, y si solamente los herederos testamentarios podían promover testamentaría, no podían promoverla los que no tenían esta condición; que para hacer estas reclamaciones se debía por tanto acudir al juicio ordinario de acuerdo con los artículos 1046 y 1050 de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo esta interpretación la racional, toda vez que se trataba del padre que legislaba para sus hijos para después de su muerte: que aunque los actores tuvieran este derecho, debieran haberlo ejercitado oportunamente, según sentencia de 20 de Febrero de 1874, y no dejar pasar tantos años, que hacía más de catorce que había fallecido D. José Alemany, y los actores no habían hecho oposición á la toma de inventario, habiéndose inscrito el testamento en el Registro, haciéndose constar sus derechos; que los mismos actores habían cobrado los alimentos de la herencia hasta que se casaron; de modo que el testamento se había ido cumplimentando sin necesidad de testamentaría, creándose un estado de cosas que ya no era dable alterar; y que el demandado se hallaba en posesión de los bienes hereditarios hacía catorce años y medio, primero en nuda propiedad y luego en dominio pleno:

Resultando que los hermanos D. Joaquín y Doña Josefa Alemany solicitaron, evacuando el traslado que se les confirió, que no se declarase procedente el auto mencionado con las costas al opositor, alegando que por la antigua y por la nueva ley de Enjuiciamiento eran parte legítima para promover juicio voluntario de testamentaría, pues tenían porción alícuota de la herencia de su padre, según sentencia de este Supremo Tribunal de 3 de Noviembre de 1873; que en la nueva ley se habían añadido nuevas personas al juicio voluntario de testamentaría, habiendo sido la palabra testamentaría añadida en la nueva ley simplemente como calificativo, ya que tratándose de un juicio de testamentaría se comprendía que habían de ser herederos testamentarios y no abintestato; que el opositor comprendía los herederos forzosos con los de abintestato, y siéndolo los demandantes, no podían quedarse excluídos sin causa legal; que su acción no había prescrito, según sentencia de 20 de Febrero de 1874, que no admitió un juicio de testamentaría transcurridos treinta y seis años, y que no era cierto que D. Enrique se hallase en posesión hacía más de catorce años, por cuanto los alegantes eran condueños y copartícipes en la parte que les correspondía:

Resultando que recibido el juicio á prueba y evacuadas posiciones por D. Joaquín y Doña Josefa Alemany, sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 24 de Marzo de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, desestimando el artículo de previo y especial pronunciamiento propuesto por D. Enrique Alemany, y declarando procedente y eficaz el auto de 10 de Marzo de 1882:

Resultando que D. Enrique Alemany y Angelgrán ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º Los artículos 405, 414 y 415 de la anterior ley de Enjuiciamiento civil, y 1037, 1054 y 1055 de la vigente, que requieren para que haya juicio voluntario de testamentaría que se promueva, lo cual no habían hecho los demandantes, pues la significación gramatical jurídica de la palabra promover es instar dentro de un término breve luego que hay motivo ó mérito para hacerlo, y no al cabo de catorce años, como sucedía en el caso de autos, y mucho menos cuando ya hacía otros tantos años que los bienes hereditarios estaban en poder del heredero:

2.º La doctrina legal declarada con repetición en este Supremo Tribunal y aplicada en sentencias de 20 de Febrero de 1874, 4 de Mayo de 1883

y 28 de Enero de 1889, según la cual la promoción del juicio de testamentaría, sea voluntaria ó necesaria, debe tener lugar al tiempo del fallecimiento del testador, según presupone la ley en otros artículos, y denotan bien ostensiblemente el 412 y 413, ahora 63, regla 5.ª, de la vigente, por cuanto en el caso presente se instó la prevención del juicio en 16 de Septiembre de 1881, se hubo por prevenido en auto de 10 de Marzo de 1882, y se citó al recurrente para que se personase en él en 18 de Junio de 1883, cuando habían transcurrido más de catorce años desde el fallecimiento del testador, que ocurrió en 1888; y si en la sentencia de 4 de Mayo de 1883 casó y anuló este Supremo Tribunal el auto de promoción de un juicio de testamentaria por haber transcurrido dos años y medio desde el fallecimiento, y considerar que no le permitía la ley, ni se podía conseguir el objeto y fin que ella se proponía, y mucho menos hallándose los herederos en posesión de la herencia, con mayor razón debía acontecer en el presente caso, que iban transcurridos catorce años desde el fallecimiento cuando se dictó el auto de prevención, que ni se notificó al recurrente, y ahora iban transcurridos más de veintiún años, poseyendo asimismo el recurrente, que era el heredero durante todo este tiempo, los bienes hereditarios; cometiendo el Juzgado, por consiguiente, al haber por promovido y todavía aún más por prevenido el juicio voluntario de testamentaría de D. José Alemany y Romaní un verdadero abuso por el exceso en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en asunto que estaba fuera de sus facultades y atribuciones, con arreglo á la indicada doctrina y con arreglo, á mayor abundamiento, á lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 960 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, que si bien referente á la prevención del juicio de abintestato, era del todo aplicable á la prevención de las testamentarías, en virtud del principio de derecho *sibi eadem est ratio eadem esse debet legis dispositio*, pues prevención del abintestato y prevención de la testamentaría son cosas absolutamente idénticas, y el citado artículo requiere para la prevención que el fallecimiento sea reciente:

3.º El principio jurídico de que la ley carece de efecto retroactivo, por cuanto se concedía á los demandantes el derecho de promover la testamentaría á los catorce años de fallecido el testador, suponiendo que lo autorizaba la actual ley de Enjuiciamiento civil; cuando, aunque así fuera, que no lo era, no podían tenerse en cuenta en este punto en el caso de autos sus prescripciones, si eran contrarias á las del anterior, que era la que regía al ocurrir el fallecimiento, y rigió todavía hasta 1881, esto es, trece años más; y con arreglo á ésta, el derecho á promover la testamentaría, caso que lo tuvieran los demandantes, debieron ejercitarlo al tiempo del fallecimiento, y no habiéndolo hecho así, había caducado ya en 1881, y no podían haberlo adquirido de nuevo por la actual ley de Enjuiciamiento, pues se oponía á ello el expresado principio jurídico; aparte de que en el supuesto de que lo autorice la actual ley, era inexacto, pues no se avenía con el espíritu de restricción que en esta materia se observaba de ella, comparada con la anterior, subsistiendo ahora las mismas razones en que se fundaba aquella doctrina, sin que las destruyera el que por la disposición del artículo 1062 aparezca que pueda promoverse después de treinta días de la defunción, pues de ahí no se deducía que se pudiera hacer después de un año, siendo por otra parte evidente que en cuanto acaecía la defunción de una persona se hacía preciso dar á sus bienes, dentro de un término breve, el destino que les correspondía, según que hubiera muerto con testamento ó sin él; y á satisfacer esta necesidad estaban llamados respectivamente los juicios de testamentaría y abintestato, cuando para ello se hacía indispensable la intervención del Juez, bien á instancia de parte, bien de oficio, en virtud de la protección que la Sociedad debía á determinadas personas:

4.° El principio legal de que ninguno puede ir eficazmente contra sus propios actos que ha ejecutado con perfecto derecho, consignado en sentencia de 27 de Septiembre de 1873 y otras; y también la regla 8.ª, tít. 34, Partida 7.ª, «de que non querer es en poder de aquél que queriendo la cosa la pueda facer cumplir», por cuanto los demandantes, lejos de promover la testamentaría, si á esto tenían derecho, permitieron, siendo mayores de edad, que administrara y usufructuara la herencia la viuda usufructuaria, y fallecida ésta, el heredero como dueño pleno y único; y no sólo permitieron esto, sino que coadyuvaron directamente al cumplimiento de las disposiciones del testamento percibiendo alimentos, cobrando un legado y percibiendo partidas de dinero para sufragar gastos de carrera; infringiéndose también la regla 33, *De regulis juris,* y la ley 75, Digesto, título y libro últimos, que establecen que no se puede mudar de consejo ó determinación en detrimento ó perjuicio de otro:

5.° Las leyes 2.ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilación; 28, título 2.°, Partida 3.ª, y el *usatge* 4.°, tít. 1.°, libro 8.°, volumen 1.°, de las *Constituciones de Cataluña;* el principio jurídico universal de que nadie puede ser condenado ú obligado á entregar ó á hacer cosa alguna sin ser antes oído y vencido en juicio, consignado en sentencia de 26 de Diciembre de 1870 y otras, ni privado de una cosa que está poseyendo, sin que proceda aquel requisito, sentencias de 12 de Diciembre de 1859, 5 de Octubre de 1863, 24 de Febrero de 1865, 26 de Octubre de 1867, 14 de Diciembre de 1877, etc., ni aun vencido puede desposeerse al poseedor de buena fe, sin que previamente se le abonen las impensas necesarias y útiles, leyes 38, tít. 1.°, libro 6.°, Digesto, y 44, tít. 28, Partida 3.ª, y sentencias de 29 de Diciembre de 1864 y 14 de Septiembre de 1866, por cuanto siendo un hecho incontrovertible la posesión del recurrente en los bienes de la herencia de D. José Alemany y Romaní, posesión que empezaba después del fallecimiento del testador y continuaba sin interrupción, esto no obstante, sin emplazar ni oir al recurrente, se había dictado el auto de prevención de juicio de testamentaría, cuyos efectos habían de ser cuando menos que se le privase de la libre administración y usufructo de bienes que hacía más de veintiún años que estaba poseyendo con justo título y buena fe:

6.° El principio de derecho de que toda interpretación ó inteligencia de la ley que conduzca al absurdo debe rechazarse, porque absurdo era que, cuando, según dispone el art. 1633 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni al heredero nombrado en el testamento ni al declarado judicialmente heredero abintestato, caracteres ya por otra parte tampoco reunían los demandantes, les era posible conseguir judicialmente la posesión de la herencia por medio del interdicto de adquirir, que era el juicio instituído expresa y especialmente para ello, si los bienes cuya posesión se solicitaban estaban poseídos por otro á título de dueño ó de usufructuario, lo puedan alcanzar burlando la ley los demandantes por medio de un juicio de testamentaría, como ahora sucedía:

7.° El art. 406 de la anterior ley de Enjuiciamiento civil, y 1038 de la vigente en su parte sustantiva, y las doctrinas contenidas en las sentencias de este Supremo Tribunal de 20 de Enero de 1866, 29 de Septiembre de 1877, 22 de Junio de 1880, 28 de Enero de 1887 y otras, de que, según aquellos artículos, son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría los herederos, pero no los que se crean con derecho á serlo, y lo mismo debía decirse de los legatarios de parte alícuota, que eran parte legítima los que lo eran, pero no los que se creyeran serlo; y que impugnado el carácter de heredero ó legatario de parte alícuota del caudal que se pretendía tener, y por consiguiente negada la debida personalidad para promover la testamentaría, al acordarlo la sentencia cometía la infracción de

dichos artículos, reconociendo de plano la cualidad impugnada de heredero ó de legatario de parte alícuota que se alegaba, cuando había un punto litigioso que había de decidirse previamente en el correspondiente juicio ordinario, y dando lugar de este modo á un juicio universal, que resultaría ilusorio si después se declarase que no les correspondía tal concepto en virtud del testamento que á nombre de los mismos se invocaba, por cuanto los demandantes no tenían la cualidad indiscutible de herederos ni de legatarios de parte alícuota del caudal, y el recurrente venía negándosela é impugnándola:

8.º Los artículos 1056 y 1058 del Código civil, que tienen fuerza de ley en Cataluña, como exposiciones que robustecen y aclaran la de los artículos 1050, párrafo segundo, 1056 y otros de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, que también se infringían, en cuanto imponen el respeto á la voluntad del testador hasta por los hijos legitimarios mientras aquél no se separa de las facultades que la ley otorga; porque al decir el padre: lego tal cantidad á cada uno de mis hijos para que les sirva en pago de la legítima, y de lo restante nombro usufructuaria á mi esposa, y heredero á mi hijo Fulano, hace una verdadera partición dentro de las facultades que le conceden las leyes del Principado, debiendo pasar por ella los legitimarios hasta tanto que prueben que tal señalamiento de cantidad les perjudica en su legítima, no bastando que lo digan, sino que es preciso que lo prueben:

Y 9.º El principio de derecho de que toda inteligencia ó interpretación de la ley que conduzca al absurdo debe rechazarse, por cuanto absurdo era que sin prescribirlo la ley se diera lugar á la testamentaría á instancia de los legitimarios demandantes, cuando legalmente de nada podía servirles hoy después de más de veintiún años del fallecimiento del padre, por la razón sencilla de que lo único que les interesaba era hacer constar qué valor tenían los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento, que era el valor con arreglo al cual debía computársele la legítima, y esto no lo podían conseguir por medio de la testamentaría, en la cual la valoración que se hacía era la actual, siendo más propio y adecuado el juicio ordinario para aquéllas, como así se había venido practicando en el Principado de tiempo inmemorial, siendo por lo demás evidente que la formación de inventario era inútil, por hallarse fuera de oportunidad, ocasión y tiempo, y además innecesario, existiendo el formalizado ó realizado á raíz de la muerte del testador por el heredero y la usufructuaria.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que no puede estimarse el primero de los motivos de casación alegados en este recurso, porque D. Joaquín y Doña Josefa Alemany y Angelgrán son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría de su difunto padre, con arreglo á lo que se dispone en el artículo 1038 de la ley de Enjuiciamiento, y que al reconocerlo así el auto recurrido, no infringe los artículos que se citan de la antigua ley procesal, por no estar vigente, y aplica rectamente los de la actual ley de Enjuiciamiento, que se señalan como infringidos:

Considerando que no existen las infracciones de doctrina legal que se invocan en los motivos 2.º, 3.º y 4.º, porque la acción que ejercitan los recurridos para la liquidación, división y pago de sus respectivos haberes no ha prescrito, por no haber transcurrido más que catorce años desde la muerte del testador, porque la ley procesal, aplicable á este juicio, es la actual, que estaba vigente al tiempo de deducir la acción los hermanos Alemany, y no la que regía cuando murió aquél, que en esta parte es igual á la actual, y porque el haber dejado pasar algunos años sin ejercitar su derecho y haber recibido alimentos del recurrente, no extingue la acción mientras ésta no haya prescrito:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las leyes y doctrina citadas en los motivos 5.º, 6.º y 7.º, porque el juicio de testamentaría es el adecuado para conocer y hacer efectivo el derecho de los interesados en la herencia, siendo parte legítima, como ya se ha dicho, para promover el juicio voluntario de testamentaría, según el art. 1038, los herederos y legatarios de parte alícuota, y porque no tienen aquí aplicación las leyes que á la posesión se refieren y se citan como infringidas, ya se atienda á que la herencia indivisa está poseída en común por los herederos para los efectos legales, aunque uno sea el tenedor de la cosa, ya se tenga presente que no se trata en este pleito de la posesión de los bienes testamentarios, sino de la parte que en éstos corresponda á cada uno de los herederos:

Considerando, por último, que son igualmente improcedentes los motivos 8.º y 9.º, porque el nuevo Código civil no estaba vigente cuando falleció D. José Alemany y Romaní, y porque el carácter que éstos tienen les da el derecho consiguiente á que se conozca la importancia de su haber por los medios que la ley de Enjuiciamiento civil tiene establecidos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Enrique Alemany y Angelgrán, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 29 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Febrero del mismo año.)

30

Recurso de casación (30 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Reivindicación.*—No ha lugar al interpuesto por D. Fernando López en pleito con D. José Pérez (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que son improcedentes los motivos del recurso fundados en supuestos contrarios á la apreciación de la Sala sentenciadora:

Que la información supletoria del título de dominio para los efectos de la inscripción en el Registro no se convierte en aquel título por haberse transmitido al heredero de la persona á cuyo nombre se hizo:

Que la sentencia que desestima una demanda sobre reivindicación no infringe las leyes 2.ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilación, y 3.ª, tít. 4.º, Partida 3.ª, si la Sala sentenciadora expresamente establece que no se ha probado por el demandante la identidad de la finca que reivindica, ni, por lo tanto, que haya sido desposeído por el demandado:

Que el art. 397 de la ley Hipotecaria define las informaciones de posesión como supletorias para los efectos de la inscripción de los títulos escritos de dominio, y el 403 determina que tales inscripciones no perjudicarán al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de La Carolina y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. Fernando López de Lerma y Rubio, propietario, vecino de Valdepeñas, representado por el Procurador D. José María Cordón y defendido por el Letrado D. Carlos Díaz Valero, con D. José Pérez de Vargas y Quero, propietario, vecino de Andújar, como marido de Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón, y hoy, por fallecimiento de ésta, con sus albaceas testamentarios D. Isidoro Gil de Muro, D. José Pérez de Vargas y Quero y D. Miguel Martínez Rodríguez, y en su

nombre el Procurador D. Carlos de Santiago y Fernández, bajo la dirección del Letrado D. Eduardo Dato, sobre reivindicación de terrenos:

Resultando de certificación librada por el Registrador de la propiedad de La Carolina, que en 8 de Junio de 1866, y en virtud de expediente posesorio, fué inscrita á favor de D. José López de Lerma y Moreno, difunto, para que sus herederos pudieran proceder á la división, sin perjuicio de tercero que pudiera tener mejor derecho á la propiedad, la posesión de la mitad proindiviso de un haza de 16 fanegas de tierra en el sitio de la Campiñuela, término de Baños, que lindaba á Saliente con tierra de Don Eduardo Bonaplata; al Sur, con otras de D. Gabriel Antonio Romero; al Poniente, con haza de Doña Juana Galindo; y al Norte, con más de la Hacienda nacional, contra cuya finca no resultaba carga alguna, ni del Registro, ni del título que presentaba D. Fernando López de Lerma y Rubio, que había acreditado en dicho expediente la posesión quieta y pacífica en que se hallaba de la finca, por herencia que hubo al fallecimiento de su padre D. José López de Lerma y Moreno hacía seis años, desde cuya fecha la venía poseyendo á nombre propio y sin título alguno inscrito; que al margen de la anterior inscripción se encontraba una nota de la misma fecha, expresiva de que en el propio expediente se justificaba también la posesión de todas las fincas que mencionaba el asiento de presentación, núm. 801, tomo 4.º del Diario; que al margen también de la indicada inscripción, y en segundo lugar, había otra nota de 27 de Septiembre de 1866, consignando que aquella finca y la que expresaba la inscripción segunda formaban una sola; que en el referido día 27 de Septiembre de 1866 se hizo la mencionada segunda inscripción de la finca anteriormente descrita, que estaba señalada con el núm. 781, consignándose en ella, á virtud del documento presentado, que dicha mitad de finca la adquirió D. José López de Lerma y Moreno, como sucesor al vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez, y habiendo fallecido dejando por herederos á sus hijos y á sus nietos, fué practicada la cuenta y partición, adjudicándose en ella á D. Fernando López de Lerma y Rubio la mitad de la finca del número expresado, por lo que siendo ya el D. Fernando dueño de la otra mitad, como inmediato sucesor del vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez, el todo en su consecuencia de la finca era de D. Fernando López de Lerma y Rubio, que solicitaba la inscripción del título de herencia, y siendo conforme se verificaba; que al margen de esta inscripción, y con la misma fecha, aparecía una nota expresiva de que la mitad de la finca que aquélla mencionaba formaba con la otra inscripción una sola; que en 8 de Junio de 1866, y á virtud del oportuno expediente posesorio, fué también inscrita bajo el núm. 783 á favor de D. José López de Lerma, difunto, para que sus herederos pudieran proceder á la división sin perjuicio de tercero que pudiera tener mejor derecho á su propiedad, la posesión de la mitad proindiviso con otra mitad propia de D. Fernando López de Lerma y Rubio, de un haza de 16 fanegas de tierra en el sitio de la Campiñuela, término de Baños, con los mismos linderos que constaban de la otra referida mitad, contra cuya finca no resultaba carga alguna ni del Registro ni del título que presentaba D. Fernando López de Lerma y Rubio, que había acreditado en dicho expediente la posesión quieta y pacífica en que estuvo su citado padre de la finca de dicho número por herencia que hubo del suyo D. Fernando López de Lerma, desde cuya fecha la había estado poseyendo, que era hacía unos treinta y seis años, á nombre propio y sin título inscrito; que al margen de la anterior primera inscripción se encontraba también una nota de la misma fecha, expresiva de que en el propio expediente se justificaban todas las fincas que mencionaba el asiento de presentación, núm. 803, tomo 4.º del Diario; y que al margen igualmente de la indicada inscripción, y en segundo lugar, aparecía otra nota de 27 de Septiembre de 1866, consignando que aquella

finca había pasado á formar una sola con la que resultaba inscrita al número 780:

Resultando que en la partición de los bienes quedados al fallecimiento de D. Francisco de Paula Pérez de Vargas y Castejón, que fué aprobada por auto del Juez de primera instancia de Andújar de 20 de Enero de 1880, se adjudicó á Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón, para pago de su haber, entre otros bienes, un olivar y tierra calma en la Campiñuela, término de Baños, cuya finca se componía de 11 pedazos ó fracciones, los linderos de cada una de las cuales se expresan, formando un total de 313 fanegas, porciones que se hallaban libres de cargas, según la escritura de venta otorgada por D. Joaquín Isern, como Presidente de la Sociedad minera Amigos de Reding, de quien adquirió D. Francisco Pérez de Vargas y Castejón los indicados predios, y que fué inscrita en el Registro de la propiedad de La Carolina en 3 de Mayo de 1879; habiéndose inscrito también en el mismo Registro, en 28 de Agosto de 1883, en cuanto á las fincas radicantes en aquel partido, el testimonio de adjudicación á Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón; á la cual en la cuenta adicional de la partición de bienes del mencionado D. Francisco Pérez de Vargas y Castejón, le fué adjudicada una finca de 21 fanegas de tierra calma en la Campiñuela, término de la villa de Baños, que había sido adjudicada en subasta ante el Juez de primera instancia de La Carolina, y en la ejecución seguida contra D. Eduardo Bonaplata, de quien procedía, y estaba inscrita á favor de D. Francisco de Paula Pérez de Vargas, entonces su testamentario, libre de todo gravamen, en el Registro de la propiedad, al tomo 311, libro 29 del Municipio de Baños, folio 230, firma 1.887, inscripción segunda; cuenta adicional que fué también aprobada por auto de 5 de Febrero de 1881, expidiéndose el testimonio de adjudicaciones á Doña María de la Cabeza Valenzuela, que se inscribió en el Registro de la propiedad de La Carolina en 27 de Agosto de 1883, y por lo respectivo á la finca radicante en aquel partido:

Resultando que D. Fernando López de Lerma y Rubio demandó de conciliación ante el Juez municipal de la villa de Baños en 3 de Mayo de 1887 á D. Manuel Garrido Rodríguez para que entregase como seis fanegas y media de tierra que poseía de una haza de pan llevar que correspondía á López en pleno dominio en el sitio de la Campiñuela de aquel término, que constaba de 16 fanegas; el demandado contestó que efectivamente, no sólo la porción de terreno que se le pedía, sino también otra que poseía Doña Aurea Sanz de Tejada le constaba que habían pertenecido á la finca del actor, y que la reclamación que se le hacía la creía improcedente, puesto que si bien estaba labrando dicha porción, lo hacía en calidad de colono, por habérsela arrendado Doña María de la Cabeza Valenzuela Castejón, como dueña, representada entonces por su marido D. José Pérez Quero, sin que pudiera decir en qué forma la hubiera adquirido, y en su vista el demandante desistió de la reclamación:

Resultando que en 7 del mismo mes, D. Fernando López de Lerma y Rubio demandó, también de conciliación, á D. José Pérez de Vargas Quero para que le entregara un pedazo de terreno de pan sembrar, que constaba de más de seis fanegas y media próximamente en el sitio de la Campiñuela de aquél término, que era parte de una haza propiedad de López, y que se componía de 16 fanegas, y que lo verificara de las rentas que la mencionada porción de tierra hubiera podido producir; á lo que se negó el demandado, porque en el año 1880 había comprado á la Sociedad Amigos de Reding aquellas tierras con otras porciones, teniendo la titulación que lo acreditaba:

Resultando que en 6 de Marzo de 1888 D. Fernando López de Lerma y Rubio dedujo la demanda objeto de estos autos, en la que, consignando

como hechos que era dueña de una haza de 16 fanegas de tierra en el sitio de la Campiñuela, término de Baños, que había adquirido por fallecimiento de su padre, y éste á su vez como sucesor del vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez; que no residiendo en dicho pueblo, la negligencia de las personas á quienes encargó la administración de dicha finca, dió ocasión á D. José Pérez de Vargas, marido de Doña María de la Cabeza Valenza, que era dueña de las fincas que fueron de D. Eduardo Bonaplata, lindantes con la de que se trataba, para apoderarse arbitrariamente desde hacía unos tres años de la mayor parte del predio perteneciente al actor; que en el año 1887 pasó á Baños, quedando sorprendido al ver que de las 16 fanegas de que antes constaba la finca había quedado reducida á cuatro, dando lugar las indagaciones que practicó á los actos de conciliación de que se ha hecho mérito; que al propio tiempo escribió á Doña Aurea Sanz de Tejada, viuda de Muñoz, rogándole le devolviera el pedazo de terreno de cinco fanegas y media que retenía, sin duda por error, en su poder, á lo que le contestó que dicha porción de terreno la sembraba su arrendatario, previa autorización de D. José Pérez Vargas, en cambio de otro terreno de la propiedad de Doña Aurea, que lo sembraba un colono de Pérez Vargas; que de todo ello aparecía claramente que las 12 fanegas de tierra que faltaban á la haza de la Campiñuela de la propiedad del demandante estaban detentadas por D. José Pérez de Vargas y Quero, marido de Doña María de la Cabeza Valenzuela, que se negaba á devolverlas so pretexto de haber adquirido unas fincas lindantes con el haza en cuestión; terminando por todo ello con la pretensión de que se declarase que la referida haza correspondía en propiedad y posesión al demandante; y que, en su consecuencia, se condenase á D. José Pérez de Vargas y Quero, como marido de Doña María de la Cabeza Valenzuela, á dejar libres, desembaradas y á disposición del demandante las 12 fanegas de tierra de dicha haza que aquél retenía en su poder, restituyéndolas con todos los frutos y rentas que hubieran producido ó podido producir desde el tiempo que fueron injustamente detentadas, con imposición de todas las costas causadas y que se causasen:

Resultando que contestando á la demanda D. José Pérez de Vargas y Quero en la representación indicada por presentación de los testimonios de adjudicaciones hechas á Doña María de la Cabeza Valenzuela en la partición de bienes de D. Francisco de Paula Pérez de Vargas, de que se ha hecho mérito, la impugnó alegando, como fundamentos de su impugnación, que para que prosperase la acción reivindicatoria era necesario probar el dominio; que la inscripción de la posesión no perjudicaba en ningún caso al que tuviera mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no hubiera sido inscrito, requisito que reunía el demandado, y por lo cual era obvio que no había debido promoverse contra él la demanda, la cual tal vez pudiera prevalecer contra otros de los colindantes que no tuvieran títulos tan eficaces como los de Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón, en el supuesto que ésta no admitía ni aceptaba como cierto de que al demandante le pertenecieran las 16 fanegas de tierra que como suyas reclamaba; que el contrato de venta era título bastante para justificar el dominio, y máxime si se realizó ante la justicia en subasta pública; que la tierra de Bonaplata que lindaba en 1866 con la del demandante López de Lerma, y que fué vendida á la Sociedad titulada Amigos de Reding, tuvo que estar inscrita con la cabida que se le atribuía en el Registro, por cuanto que en otro caso se había denegado al comprador la inscripción respecto á la demasía, con arreglo á la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros en su fallo de 14 de Marzo de 1876; que las cosas raíces se prescribían á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes, cuando se habían adquirido con buena fe y justo título, como

sucedía á la esposa del demandado; y que unido al tiempo que había tenido quieta y pacíficamente las referidas fincas, el que las disfrutó en igual forma su primer marido D. Francisco de Paula Pérez de Vargas, quien las poseyó antes, y el de la Sociedad Amigos de Reding; y por último, el que las gozó en primer término, ó sea D. Eduardo Bonaplata, quien desde 1866 las tenía inscritas á su nombre, era incuestionable que aun considerándose ausente de la provincia de Jaén el demandante, todavía su derecho habría prescrito en todo caso, por hacer más de veinte años que se venían poseyendo aquellos predios tal como en la actualidad se encontraban; y que no habiendo razón ni derecho para molestar al demandado, era evidente que el actor merecía la calificación de litigante temerario, y que debía ser condenado en costas:

Resultando que renunciado por el demandante el traslado de réplica, y suministrada por las partes prueba de testigos y peritos, sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada dictó en 5 de Diciembre de 1889 sentencia revocatoria, absolviendo á Don José Pérez de Vargas y Quero de la demanda, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Fernando López de Lerma y Rubio ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La ley 1.ª, tít. 28 de la Partida 3.ª, que define el dominio, y el de la haza de Lerma constaba acreditado que pertenecía al recurrente como heredero de su padre D. José, á éste como heredero de su padre D. Fernando, y por sucesión en el vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez:

2.º La ley 2.ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilación, que determina que nadie puede ser desposeído sin ser oído y vencido en juicio:

3.º La ley 3.ª, tít. 4.º de la Partida 3.ª, porque probado que Pérez de Vargas tenía en su poder parte de la haza de Lerma, debía devolverla al recurrente, quien no tenía obligación de probar que era suya:

4.º Que disponiendo el art. 1699, núm. 7.º de la ley de Enjuiciamiento civil, que habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina legal, cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho ó de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos, aparecía que se había confundido el título en cuya virtud reivindicaba el recurrente los terrenos que la correspondían y que detentaba D. José Pérez de Vargas, puesto que no se trataba de una información posesoria sino de la inscripción del dominio en el Registro de la propiedad, puesto que aquella información tuvo por objeto, conforme con el art. 397 de la ley Hipotecaria, inscribir la posesión del propietario que carecía de título de dominio inscrito, en cuyo sentido se había infringido dicho artículo de la ley Hipotecaria, pues el dominio lo tenía D. José López de Lerma, no por la inscripción, sino por ser sucesor en el vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez, cuya mitad de bienes, según constaba de autos, adquirió D. Fernando López de Lerma y Rubio por sucesión vincular, y la otra mitad por herencia de su padre;

Y 5.º El art. 403 de la ley Hipotecaria, que determina los efectos de las inscripciones de posesión que se habían vulnerado en este caso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que el motivo 1.º del recurso parte del supuesto contrario á la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora, pues según ella, el recurrente no ha presentado título de dominio sino la información de posesión supletoria del mismo para los efectos de la inscripción en el Registro, información que no se convierte en título de dominio por haberse transmitido al recurrente por herencia de concesión de la persona á cuyo nombre se hizo:

Considerando que por igual razón tampoco pueden ser estimados los

motivos 2.º y 3.º, porque la sentencia expresamente establece que no se ha probado por el recurrente la identidad de la finca que reivindica, ni por lo tanto que haya sido desposeído por el demandado:

Considerando que el art. 397 de la ley Hipotecaria define las informaciones de posesión como supletorias para los efectos de la inscripción de títulos escritos de dominio, y que el art. 403 determina que tales inscripciones no perjudicarán al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble; y por lo tanto que la Sala sentenciadora, al no dar el valor de una inscripción de dominio á la de posesión hecha á favor del causante del recurrente, y al subordinarla al que juzga mejor derecho del demandado, aun prescindiendo del defecto de identidad, que opone á la demanda, aplica rectamente los artículos cuya infracción se alega en los motivos 4.º y 5.º;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Fernando López de Lerma y Rubio, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. —(Sentencia publicada el 30 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Febrero del mismo año.)

31

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (30 de Enero de 1891). —Sala primera.—*Tercería de mejor derecho.*—No ha lugar al interpuesto por D. Juan Bernabé Romero en pleito con D. Juan Antonio Bances y otros (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que no infringe la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª la sentencia que se ajusta al literal contexto de las escrituras unidas al pleito:

Que la sentencia que reconoce el mejor derecho del primer acreedor hipotecario sobre el segundo, no hace más que consagrar la preferencia que las leyes 14 y 27, tít. 13, Partida 5.ª establecen á favor del que recibe primeramente la cosa á peños.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Belén, hoy del Este de la Habana, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, por D. Juan Bernabé Romero y Vizoso, de aquella vecindad y comercio, representado por el Procurador D. José María Cordón y defendido por el Letrado D. Francisco Agustín Silvela, con D. Juan Antonio Bances y Alvarez, banquero, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. José Cirilo Díaz, bajo la dirección del Doctor D. Bernardo de Frau, y con D. José Partagás y Puig, vecino de Marianao, y D. José de Navas y Posse, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de mejor derecho:

Resultando que D. Santiago, D. Mariano y Doña María Regla Murguía vendieron por escritura de 23 de Abril de 1859 á D. Jaime Partagás en la cantidad de 6.000 pesos la parte del Hato de la Cruz que les pertenecía como herederos de D. Antonio Murguía y Doña Josefa Duarte, con todas las superficies y demás terrenos que á dicho Hato correspondían por virtud de su merced ó de sus mercedes y escrituras otorgadas, incluso el Cayo del Toro y dotaciones de animales que contenía, transfiriéndole todos los derechos y acciones que competían á los otorgantes, como dueños de dicho Hato; y para que impugnase, si lo juzgaba oportuno el comprador, las medidas practicadas por algunos colindantes del Hato de la Cruz, todas las

cuales eran nulas y de ningún valor; no comprendiéndose en la enajenación dos caballerías de la posesión de Doña María de Regla, ni la caballería y tres cuartos legada á la esposa de D. Mariano, ni tampoco el derecho que á la mitad de la media caballería del asiento del Hato legado á D. Santiago tenían, aunque sí se incluía la otra mitad legada á Doña María de Regla, manifestando que aunque de la certificación del Anotador de hipotecas aparecía existir algunas, todas estaban canceladas, siendo de cuenta de los vendedores practicar las diligencias necesarias para satisfacción del comprador; apareciendo en efecto la certificación de aquél que dicha hacienda Hato de la Cruz se hallaba hipotecada en 1797, 1803, 1835 y 1840 á los créditos de que se hace mérito, y que la parte de herencia que representaban en ella los vendedores, como herederos de D. Antonio Murguía y Doña Josefa Duarte, no constaba gravada:

Resultando que por escritura de 7 de Mayo de mismo año 1859, D. Manuel y D. Antonio Zaldívar y Murguía vendieron á D. Gabriel Millet las dos doceavas partes que les correspondían en la totalidad del Hato de la Cruz, que hubieran por herencia de su madre Doña Rita Murguía y Duarte, situado en la jurisdicción de Pinar del Río, lindando con las haciendas Pinalillo, la Ceja, Viñales y otras, cuya parte, como habían dicho, la formaban las dos doceavas de la totalidad, correspondiendo una doceava parte á su hermana Doña Teresa Zaldívar, tres doceavas partes á los herederos de D. Antonio Murguía y Duarte, y las otras seis á los dueños de El Mamey, á cuya posesión correspondía la mitad del Hato de la Cruz; apareciendo de la certificación expedida por el encargado de la Anotaduría de hipotecas de la Habana, que se agregó á continuación de la escritura, que la parte que decían D. Manuel y D. Antonio Zaldívar y Murguía tenían en una hacienda titulada La Cruz, que hubieron de su madre Doña Rita Murguía y Duarte, y ésta de D. Mariano Murguía, constaba hallarse impuestos en ella 3.000 pesos de la capellanía de Doña Teresa de las Torres; 1.600 de la de D. Pedro Cerrada y 800 del monasterio de Santa Clara, y apareciendo de la certificación del Anotador de hipotecas de Pinar del Río de 2 de Mayo de 1859 lo que se ha referido al hacer mérito de la escritura anterior:

Resultando que D. Jaime Partagás y D. Gabriel Millet otorgaron escritura en 29 de Abril de 1867, en la que declararon: que Partagás compró á los herederos de D. Antonio Murguía la parte que representaban y les pertenecía en la hacienda nombrada Hato de la Cruz, ubicada en la jurisdicción de Pinar del Río, y que Millet adquirió de la sucesión del Coronel D. José Ramón Zaldívar la parte que representaba en dicha hacienda como heredero de su madre Doña Rita Murguía, habiendo Partagás y Millet adquirido después de D. Rafael de Toca la otra mitad de dicho Hato de la Cruz, denominada El Mamey, resumiendo así el dominio pleno de la totalidad de la hacienda, la cual pertenecía en sociedad á los otorgantes por mitad, no obstante la circunstancia de haber comprado Partagás á los Murguía, y Millet á los Zaldívar la parte que cada una de esas ramas representaba en dicho Hato de la Cruz; que habían liquidado la cuenta que por razón del condominio y mutua administración de la hacienda se había presentado y las demás que entre ellos existían, quedando por cobrar algunos créditos procedentes de negociaciones relativas al Hato de la Cruz y Mamey, que no se habían comprendido en dicha liquidación:

Resultando que promovidos autos de abintestato de Doña Catalina Puig y D. Jaime Partagás, fueron declarados únicos y universales herederos de los mismos sus hijos D. José Santiago, Doña Catalina, Doña Clemencia, Doña Teresa y Doña Adela; y practicada en 1.º de Marzo de 1868 la tasación de los terrenos y vegas de las haciendas Hato de la Cruz y Mamey, de la propiedad de D. Jaime Partagás y D. Gabriel Millet, por los

peritos que nombraron las partes, se relacionaron en ella los nombres de todas las vegas que se hallaban en los terrenos de las haciendas Hato de la Cruz y Mamey, cuyo precio fué 102.141 pesos, importando 13.220 pesos el capital acensuado en los terrenos que se encontraban repartidos y correspondían al Hato de la Cruz y Mamey, sin especificar la parte proporcional que de ese capital pertenecía á cada finca, dándose á los terrenos no repartidos el valor en conjunto de 88.921 pesos, sin distribuirlo, apareciendo como baja común la cantidad de 51.070 pesos 50 centavos, del valor que en tasación se diera á los terrenos y capitales acensuados de dichas haciendas, y por pertenecer la otra mitad á D. Gabriel Millet, en virtud de la sociedad que tenía con D. Jaime Partagás: constando asimismo, qne entre las proposiciones de adjudicación del expresado D. Jaime tomaba 33.345 pesos tres y medio centavos, mitad del líquido precio de los terrenos no repartidos del Hato de la Cruz y Mamey, en sociedad con Millet, y en 3.305 pesos la mitad del capital acensuado de dichos terrenos, por corresponder la otra al propio Millet; que entre las varias bajas acordadas por los herederos se hallaba una partida que decía: mitad de 5.400 pesos que reconocía el Hato de la Cruz en tres capellanías, 2.700 pesos; y otra partida que expresaba: créditos de Agustín Saavedra, réditos vencidos desde 1854 á la fecha, de la capellanía de 3.000 pesos en el Hato de la Cruz, dieciséis años al 5 por 100 anual, la mitad 1.200 pesos:

Resultando que D. Gabriel Millet, por sí, como dueño de la mitad del Hato de la Cruz, ubicado en la jurisdicción de Pinar del Río, y D. José Partagás y Puig, por sí, como heredero de sus padres y administrador de los bienes quedados al fallecimiento de los mismos, para responder á las resultas de un recurso de casación, constituyeron en fianza hipotecaria especial y bastante dicho Hato de la Cruz, lindante con las haciendas Pinalillo y Ceja, Ana de Luna, San José, Las Ovas, La Jaua y El Guanía:

Resultando que D. Antonio Millet, como apoderado de su hermano Don Gabriel, vendió á D. José Partagás la mitad del Hato de la Cruz, la cual había adquirido el vendedor en unión de D. Jaime Partagás en esta forma: una cuarta parte de los herederos de D. Antonio Murguía, otra del coronel D. José Ramón Zaldívar, como heredero de su madre Doña Rita Murguía, y la otra mitad restante, conocida bajo el nombre de Mamey, de Don Rafael de Toca, resumiendo así D. Jaime Partagás y D. Gabriel Millet el todo del Hato en absoluto dominio y propiedad, con sus terrenos y anexidades y demás que la constituían, de por mitad ambos socios, sin diferencia á favor de ninguno de los dos, según constaba de la escritura de 29 de Abril de 1867, otorgada por D. Jaime y D. Gabriel; cuya mitad, correspondiente á D. Jaime, se adjudicaron sus hijos D. José y Doña Catalina, en el abintestato de sus padres, subrogándose en el lugar de su citado padre; hallándose agregada á esta escritura la certificación del Anotador de hipotecas de Pinar del Río, en que se expresa que la referida hacienda, nombrada Hato de la Cruz, de que se decían dueños D. Jaime Partagás y D. Gabriel Millet, no constaba gravada:

Resultando que Doña Ursula Pita, por escritura de 21 de Junio de 1872, vendió á D. José Partagás en precio de 600 pesos la parte que la pertenecía en la hacienda Hato de la Cruz, como heredera de su padre D. Isidro Pita, y éste de su otra hija Doña Dominga, consorte de D. Antonio Murguía, y cuya parte, consistente en el quinto, le fué legada por éste á su fallecimiento, vendiéndosela con todo lo que le era anejo, como censos, rentas vencidas ó por vencer, responsabilidades y utilidades que pudieran resultar, y sin ninguna para la vendedora:

Resultando que para terminar D. José Partagás y Puig y D. Gabriel Millet las diferencias pendientes por consecuencia de la sociedad que por espacio de diez años había llevado Millet, primero con D. Jaime Partagás

y después con sus herederos, otorgaron escritura en 13 de Diciembre de 1873, por la que nombraron á D. Federico Martínez, con el carácter de amigable componedor, para que sin sujeción á fórmulas fallara y dirimiera aquéllas en los términos siguientes: primero, la liquidación de las cuentas posteriores á 14 de Abril de 1869; segundo, los reparos opuestos á la nómina de deudores del Hato de la Cruz, presentada por Partagás; tercero, las dudas manifestadas por Millet sobre los inventarios que sirvieron de base para determinar el precio que se fijó al Hato de la Cruz en la escritura de 14 de Julio de 1871; y cuarto, la liquidación de la sociedad que en el repetido Hato de la Cruz había llevado Millet con Partagás y sus herederos:

Resultando que por otra escritura que otorgaron en 20 de Mayo de 1874 D. Gabriel Millet y D. José Partagás, transigiendo las diferencias que entre ellos existían, se reconoció deudor Partagás de Millet de la cantidad de 14.000 pesos, que se obligó á satisfacerle en dos plazos, constituyendo hipoteca especial y señalada por la expresada suma, en la hacienda titulada Hato de la Cruz y Mamey, ubicada en el partido judicial de Pinar del Río, lindando con las haciendas Ceja, Ana de Luna, Viñales, El Guamá, Las Ovas y La Jagua, con todos los terrenos y vegas en ella establecidas, de la propiedad del citado D. José Partagás, el cual aseguró no tener otro gravamen dicha hacienda que el constituído á favor de Millet por la escritura de 14 de Julio de 1871 y por las capellanías que reconocía, como lo demostraría la certificación de hipotecas que á la mayor brevedad se comprometía á presentar:

Resultando que en escritura de 23 de Diciembre del mismo año 1874, D. Gabriel Millet, por medio de su apoderado, confesó haber recibido la citada cantidad de 14.000 pesos, consintiendo por tal motivo en que se cancelara la hipoteca especial constituída para pago de dicha suma en la hacienda Hato de la Cruz y Mamey, ubicada en la jurisdicción de Pinar del Río:

Resultando que por escritura de 20 de Octubre de 1874 D. José Partagás y Puig se reconoció deudor de D. José Gener y Batet de la cantidad de 50.000 pesos en billetes, que se obligó á satisfacerle por su valor nominal el día 20 de Octubre de 1875; abonándole desde entonces, si no lo verificaba, el uno por 100 mensual, sin perjuicio de la acción ejecutiva, hipotecándole en garantía de dicha cantidad, y sus premios en su caso, la parte que representaba y pertenecía á Partagás de la hacienda titulada Hato de la Cruz, situada en Nueva Filipinas, jurisdicción de Pinar del Río, que lindaba por el Norte con la hacienda Viñales y la nombrada Ceja de Santa Ana; por el Sur con el Círculo de San Pedro de las Lomas; por el Este con el Hato San José; y por el Oeste con la línea divisoria de la hacienda Pinalillo, la cual tuvo Partagás una quinta parte de la mitad de la parte que hipotecaba por la escritura citada, y las otras cuatro quintas por adjudicación en el abintestato de sus padres, y la otra mitad de esa misma parte por compra á Millet, según escritura de 14 de Julio de 1871, de todo lo cual estaba instruído Gener, así como de las pequeñas imposiciones que sufría la Hacienda, por cuyo motivo omitieron la correspondiente certificación de hipotecas de Pinar del Río, obligándose Partagás á no vender ni gravar en manera alguna, si no fuera con el conocimiento expreso de su acreedor:

Resultando que D. José Gener y Batet cedió este crédito por escritura de 12 de Abril de 1879 á D. Juan Antonio Bances y Alvarez, á cuyo acto concurrió D. José Partagás, que se reconoció deudor de Bances por la mencionada suma de 50.000 pesos en billetes, con más 8.690 en igual especie, por saldo de intereses devengados y liquidados hasta el día, con arreglo á

lo estipulado con Gener, obligándose á satisfacerlas el 20 de Octubre de aquel año 1878:

Resultando que D. José Partagás vendió á su esposa Doña Amalia Orrite, por escritura de 24 de Abril de 1875, diferentes fincas en precio de 55.000 pesos en oro, y expresando que le adeudaba todavía 47.000, resto hasta el completo de lo que había entregado gratuitamente para atender á las negociaciones de su casa, le hipotecó por dicha cantidad la parte de la hacienda titulada Hato de la Cruz, que tenía un valor mucho mayor, y que lindaba al Norte con la línea de mediación con la hacienda Viñales y Ceja Ana de Luna, por el Sur con el Círculo de San Pedro de las Lomas; por el Este con la línea divisoria de la hacienda Pinalillo; y por el Oeste con los terrenos nombrados Corral de San José, sin más gravamen que las capellanías que sufría y la hipoteca que sobre la misma pesaba de 50.000 pesos en billetes del Banco Español, por su valor nominal á favor de Gener y Batet:

Resultando que deudor D. José Partagás á la Caja de Ahorros, Depósitos y Descuentos de la Habana de 15.000 pesos en oro y 15.000 en billetes del Banco Español, constantes de cuatro pagarés con la garantía de Bances, deseando garantir á éste para el caso de que vencidos y no satisfechos dichos pagarés tuviera que abonar el importe de los mismos, otorgaron escritura en 28 de Julio de 1876, por la que Partagás se reconoció deudor líquido de Bances de la ya citada suma, y para satisfacérsela, así como los intereses, costas, daños y perjuicios que se le ocasionasen, le traspasaba desde luego para cuando llegara el caso el capital de 30.000 pesos en oro que como comanditario representaba en la Sociedad formada con el propio Bances para explotar la marca Flor de Tabacos de Partagás y Compañía, y las utilidades que le correspondieran, constituyéndole señaladamente hipoteca sobre dos vegas de su propiedad, nombradas, la una, Las Delicias, sita en el partido de Pinar del Río y márgenes del río Agiconal, de tres caballerías de tierra de la hacienda El Mamey, lindante al Norte con Don Francisco Samoano; al Sur con el Círculo de San Pedro de las Lomas; al Este con el mismo Samoano y Partagás; y al Oeste con terrenos del propio Partagás que los atravesaba el río Agiconal; y la otra, nombrada El Curiel, situada en el mismo partido y hacienda que la anterior, lindante por el Norte con Partagás; al Sur y al Este con el río Agiconal; y al Oeste con el camino de Pinar del Río, las cuales hubo por herencia y adjudicación al fallecimiento de su padre, y en la disolución de la sociedad que celebró con su hermana Doña Catalina; hallándose unida á la escritura certificación de la Anotaduría de Pinar del Río de 3 de Junio de 1876, de que las vegas Las Delicias y el Curiel, de que se titulaba dueño D. José Partagás, no constaba que por él estuvieran gravadas:

Resultando que D. José Partagás, por sí y á nombre de su esposa Doña Amalia Orrite, hipotecó por escritura de 29 de Julio de 1876 á favor de D. José Ortz los bienes que tenía de los comprendidos en la escritura de venta de Partagás á su mujer, de 24 de Abril de 1875, cediéndole ésta á la vez el crédito hipotecario que por dicha escritura le había constituído su citado marido sobre la parte de la hacienda titulada Hato de la Cruz, confesando en el acto Partagás ser deudor de Ortz por la suma de 20.466 pesos, é hipotecándole por este crédito á la seguridad del pago el todo de la hacienda Hato de la Cruz y Mamey, reconociendo Ortz la preferencia del crédito hipotecario constituído á favor de Gener y Batet por la cantidad mencionada é intereses estipulados, y obligándose á respetar las concesiones de terrenos hechas por Partagás para fundar la iglesia y demás lugares públicos del pueblo que se fomentaba, titulado Partagás, en terreno de las haciendas Hato de la Cruz y Mamey:

Resultando que en 29 de Diciembre del mismo año otorgaron otra es

critura D. José Ortz y D. José Partagás, por la que el primero se dió por recibido de una parte de lo que le debía Partagás, según la escritura anterior, fijándose la deuda en 20.241 pesos 81 centavos, que Partagás pagaría en tres plazos, ratificando la hipoteca de la anterior en las haciendas Hato de la Cruz y Mamey, reconociendo Ortz la preferencia de D. José Gener por la suma de 50.000 pesos en billetes, constituída en el Hato de la Cruz, y también la de 47.000 pesos, que reconocía dicho Hato á favor de Doña Amalia Orrite, esposa del deudor:

Resultando que D. José Partagás y Puig y D. José de Navas y Posse otorgaron escritura en la Habana á 5 de Agosto de 1879, en la que declararon que Partagás había recibido de Navas en distintas partidas sumas de dinero, en clase de préstamo con interés, y que habiendo procedido á liquidarlas, resultaba un saldo á favor de Navas de 29.491 pesos en oro; que dada la preferencia que reconocía Partagás á Navas para que le fuera satisfecho su alcance, toda vez que las cantidades prestadas se habían aplicado casi en su totalidad á solventar créditos contra Partagás, y exigiendo Navas el pago de dicha suma, en la imposibilidad de verificarlo, y teniendo en cuenta que de no hacerlo los intereses absorberían en su mayor parte la producción de sus bienes, impidiéndole cubrir otros compromisos preferentes, como lo eran el crédito cedido por D. José Gener á Don Juan Antonio Bances, y el de D. José Ortz y Gener, propuso Partagás á Navas venderle algunas de sus propiedades, bastantes para cubrir su crédito, haciéndose cargo de satisfacer por cuenta del precio las obligaciones que con derecho real gravasen las fincas objeto de la venta; y llevándolo á efecto, otorgaban que Partagás vendía á Navas la hacienda de su propiedad, nombrada Hato de la Cruz, Mamey, y sobrantes de la conocida por Pinalillo, con todos sus montes, y las vegas abiertas destinadas al cultivo del tabaco con sus respectivas fábricas, siendo los linderos de dicha hacienda Hato de la Cruz: al Norte la hacienda de Viñales y la nombrada Ceja Ana de Luna, propiedad entonces de D. Andrés Cruz Ramos; al Sur con el círculo de San Pedro de las Lamas; al Este con el Hato Corral San José; y al Oeste con la línea divisoria de la hacienda Pinalillo; que los sobrantes del Pinalillo tenían los linderos que expresaron; declarando Partagás que sobre el Hato de la Cruz se reconocían por derecho real hipotecario á favor de D. Juan Antonio Bances, como cesionario de D. José Gener y Batet, 58.690 pesos en billetes del Banco Español, según escritura de 12 de Abril de 1878, cantidad que, sólo para los efectos de este contrato, se había reducido á oro, fijándola en 29.000 pesos; y por último, declaraba también que el dicho Hato de la Cruz y Mamey, según escritura de 29 de Julio de 1878, reconocía en concepto de derecho real hipotecario á favor de D. José Ortz la suma de 20.466 pesos en oro, y que las fincas expresadas no tenían más gravamen que los relacionados, de lo cual estaba instruído y satisfecho el comprador, por lo cual omitía el agregar la papeleta de hipoteca; que la referida hacienda Hato de la Cruz, Mamey, y sobrantes del Pinalillo, la vendía Partagás á Navas en 82.000 pesos en oro, que el comprador le pagaba en esta forma: 29.491 pesos de su crédito; 29.000 pesos en oro que dejaba en su poder para pagar á Bances lo que le adeudaba con hipoteca del Hato de la Cruz; 20.466 pesos que asimismo dejaba en su poder para que pagara á D. José Ortz y Gener igual cantidad que le adeudaba, con hipoteca de las fincas enajenadas, según se había expresado, y el resto de 3.043 pesos, que confesaba el vendedor haber recibido; declarando, por último, que habiendo cedido Partagás á Navas para el pago de la cantidad á que se refería la escritura de 9 de Julio anterior las rentas de aquel año, que vencieron en 1.º de Agosto, Navas las cobraría, mediante aquella cesión, sin afectar en manera alguna á la venta; manifestando además los otorgantes que las vegas nombradas Las Deli-

cias y Curriel en la hacienda Mamey no se comprendían en la venta, reservándose su dominio Partagás en los términos expresados, por lo que hacía á la vega La Quinta:

Resultando que en 28 de Octubre y 28 de Noviembre de 1879 se otorgaron dos escrituras, por las que D. José de Navas y Posse recibió en préstamo de D. Juan Bautista Romero la cantidad respectivamente de 30.816 pesos y 20.341 en metálico, hipotecando á la seguridad del pago las haciendas tituladas Hato de la Cruz, El Mamey y sobrantes del Pinalillo, con todos los montes y terrenos yermos, sus vegas arrendadas y cultivadas, casas, solares y demás anexidades, y otros terrenos y vegas que se determinan más adelante, cuyas haciendas se hallaban unidas en una conocida con el nombre de Hato de la Cruz, de la cual eran hijuelas las otras, las que adquirió el otorgante por compra que hizo á D. José Partagás y Puig en 5 de Agosto de 1879, y lindaban por el Norte con las haciendas Ceja Ana de Luna y Viñales; por el Sur con el Círculo de San Pedro de las Lomas; por el Este con la línea divisoria de la hacienda Pinalillo, y por el Oeste con terrenos de los Cayos de San Felipe, antes segunda legua de Viñales, cuyos terrenos se hallaban situados en la jurisdicción municipal de Consolación del Sur, provincia de Pinar del Río, á cuya escritura se refería, para mejor determinar las citadas haciendas, con sus vegas, anexidades y demás terrenos y vegas en ella mencionadas, como independientes de estas haciendas, en que por aquellas escrituras constituía hipoteca expresa, sin exclusión alguna; advirtiendo que, según constaba de la referida escritura de venta á su favor, gravitaban dos hipotecas sobre dichas haciendas, la primera sobre el Hato de la Cruz á favor de D. Juan Antonio Bances, como cesionario de D. José Gener y Batet, por 58.690 pesos y sus intereses en billetes del Banco Español, según constaba de escritura de 12 de Abril de 1878, y la segunda sobre el Hato de la Cruz y El Mamey á favor de D. José Orts y Giner por 20.466 pesos en oro, según escrituras de 29 de Julio y 29 de Diciembre de 1876; consignándose además en la primera de las escrituras de que se va haciendo mérito, que las haciendas Hato de la Cruz, El Mamey y sobrantes del Pinalillo y demás terrenos y vegas independientes, según rezaba la antedicha escritura de venta que le otorgó Partagás, aseguraba y juraba Navas no tenerlas cedidas, vendidas ni hipotecadas en más de lo que dejaba advertido, según lo acreditaba la certificación del Anotador de hipotecas de Pinar del Río, que presentaba, si bien sobre dichas fincas se había decretado un embargo judicial por virtud de los autos que D. Conrado Pascual seguía contra D. José Partagás y Puig sobre pago de pesos, y á virtud del cual tenía establecida la correspondiente demanda de tercería de dominio; hallándose unida á la escritura una certificación del encargado de hipotecas de Pinar del Río de 22 de Octubre de 1879, en que se expresa que una hacienda nombrada Hato de la Cruz y Mamey, situada en dicha provincia y lindante al Norte con las haciendas Viñales y Ceja Ana de Luna; al Sur con el Círculo de San Pedro de las Lomas; al Este con el Hato ó Corral de San José, y al Oeste con la línea divisoria del Pinalillo, de que se decía dueño D. José Navas y Posse, aparecía al adquirir éste aquella hacienda de D. José Partagás en unión de otros terrenos y vegas, se obligó á reconocer la hipoteca á favor de D. Juan Antonio Bances como cesionario de Gener y Batet, ascendente á 58.690 pesos en billetes del Banco Español, así como la hipoteca á favor de D. José Orts por la suma de 20.466 pesos en oro, reconociendo además Navas las imposiciones perpetuas que reconocían las fincas, apareciendo de los mismos asientos que El Mamey reconocía 2.700 pesos al 5 por 100 de las capellanías de Doña Teresa de la Torre é impuestos á favor del monasterio de Santa Clara, según escritura de 28 de Junio de 1856; expresándose en la segunda de las escri-

turas de que se va haciendo mérito: «gravitando además otra por 30.816 pesos oro, que el otorgante Navas constituyó á favor de su acreedor Romero en 28 de Octubre de 1879, cuyas haciendas Hato de la Cruz, El Mamey y sobrantes del Pinalillo y demás terrenos y vegas independientes, según rezaba en la antedicha escritura de venta que le otorgó Partagás, aseguraba y juraba no tenerlas vendidas, enajenadas ni hipotecadas en más de lo que dejaba advertido, como le constaba á Romero, por lo que omitía la certificación del Anotador de hipotecas, advirtiéndose que el lindero de la parte Norte, que en la escritura de 28 de Octubre dice Ceja Ana de Luna y Viñales, en la de 28 de Noviembre dice solamente Ceja Ana de Luna:

Resultando que á instancia de D. Juan Antonio Bances se despachó contra D. José Partagás y Puig, en 16 de Diciembre de 1881, mandamiento de ejecución por la suma de 58.690 pesos en billetes del Banco Español, sus intereses, á razón del 12 por 100 anual, las costas causadas y que se causasen, ordenando que se llevara á efecto el embargo en la hacienda titulada Hato de la Cruz, hipotecada á las resultas de dicho crédito:

Resultando que requerido Partagás, manifestó que carecía de bienes donde verificar el embargo, y el alguacil le hizo saber que si requerido D. José Navas, actual poseedor de la parte que el mismo representaba en la hacienda titulada Hato de la Cruz, no satisfacía la cantidad demandada, se procedería al embargo de dicha parte de hacienda; y como requerido Navas no lo verificase, el alguacil encargado le hizo saber que quedaba embargada á la responsabilidad de dicho juicio la hacienda titulada Hato de la Cruz; siendo citado de remate, así como Partagás, los cuales se personaron oponiéndose á la ejecución despachada:

Resultando que el ejecutante solicitó que para evitar cualquiera extracción que se hiciera en el Hato de la Cruz embargado, no sólo de maderas sino de animales, y para que se cobraran las rentas que debieran abonar los arrendatarios del Hato, se nombrara depositario del mismo á D. José Pérez Tamargo, vecino de Piloto, lugar inmediato al en que se hallaba la finca; y estimado así y dirigido exhorto al Juzgado de Pinar del Río, aceptado el cargo por aquél, se le dió posesión judicial de la citada hacienda, después de haber recorrido parte de los linderos de la misma, que los constituían: por el Norte, las haciendas Ceja Ana de Luna y Viñales; por el Este, las de Pinalillo y Río Hondo; por el Sur, la de El Mamey, y por el Oeste, la de los Cayos de San Felipe é Isabel María y San José, no habiéndose hecho bajo formal inventario, como se ordenaba, por no existir constancia de los bienes que debían ser inventariados, en razón de que la hacienda en cuestión la componían un gran número de caballerías de terreno, en las cuales se habían fomentado las vegas en ellas existentes, unas en arrendamiento y otras tributarias ó á censo á la propia hacienda, siendo, por tanto, de la propiedad de los poseedores de aquéllas los bienes que en las mismas existían; dándose Tamargo por posesionado en forma de la mencionada hacienda Hato de la Cruz, en virtud del cargo de administrador judicial que se le había conferido; con lo cual se dió por terminada la diligencia, habiéndose hecho en 11 de Marzo de 1882 la anotación preventiva de este embargo en el Registro de la propiedad de Pinar del Río:

Resultando que en 10 de dicho mes de Marzo solicitó el ejecutante la ampliación del embargo á las rentas vencidas y no pagadas del Hato de la Cruz, y las que vencieran en lo sucesivo hasta la conclusión del juicio, autorizando al administrador judicial para percibirlas y retenerlas á disposición del Juzgado, alegando que, aunque entonces el Hato pertenecía á un tercer poseedor y eran de éste las rentas, la responsabilidad que había contraído Navas no pagando la cantidad que importaba la demanda, ni

abandonando la finca, alcanzaba á sus propios bienes; que sobre aquélla pesaban otras hipotecas, no conociéndose otras propiedades del tercer poseedor Navas, y no teniendo ninguna D. José Partagás, y que el Hato de la Cruz no era un fundo muy valioso, comprendiéndose por ello que sólo ampliando el embargo en la forma que se pedía, podía quedar asegurado el derecho de Bances; siendo estimada esta pretensión en auto de 16 de Marzo, teniéndose en cuenta las razones que en él se recomendaban y habiéndose librado para ello el exhorto correspondiente:

Resultando que practicadas las pruebas propuestas por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 22 de Mayo del mencionado año 1882, mandando seguir la ejecución despachada por la cantidad, intereses y costas referidas hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y demás que fueren necesarios del citado Partagás, y por lo respectivo á D. José Navas, además de los hipotecados, de los suyos propios sólo en cuanto fueran bastantes á cubrir los intereses devengados desde el requerimiento, y las costas causadas, á cuyo pago se les condenó:

Resultando que dejado sin efecto el nombramiento de Administrador, hecho á favor de D. José Pérez Tamargo, se nombró en su lugar á D. Juan Morera, á quien se hizo saber, así como á los arrendatarios de la parte de terrenos que se había considerado libre del embargo, que también estaban sujetas á éste las rentas vencidas y no pagadas, y las que en adelante vencieran y debieran pagarse á D. José Partagás, autorizándole para arrendar los terrenos de la finca Hato de la Cruz:

Resultando que nombrados peritos para el avalúo de la finca, declararon: que se habían trasladado á ella, habiéndoles dado el Administrador cuantas noticias podían ilustrar la operación, y no pudiéndose poner de acuerdo, por diferir, si no en clasificación, superficie y distribución, sí en la parte de valoración, el perito de Bances describió la hacienda Hato de la Cruz, expresando que se hallaba situada á cuatro leguas de Pinar del Río, componiéndose de una extensión superficial de 502 caballerías, 112 cordeles, siendo sus linderos: por el Norte con la hacienda Ceja Ana de Luna y Viñales; por el Sur con el arco de círculo del hato San Pedro de las Lomas; por el Este con la línea divisoria de la hacienda Pinalillo y el corral Río Hondo, y por el Oeste con el corral San José, estando sus límites marcados por puntos colocados á distancia unos de otros, siendo recta la parte colindante con el Pinalillo y el corral Río Hondo, y los demás eran limitados por arcos de círculos de las haciendas Ceja Ana de Luna, Viñales, San José y Horcones, valuando la hacienda Hato de la Cruz que quedaba detallada en la cantidad de 164.966 pesos y 62 centavos en oro, habiendo comprendido en la operación las vegas Paso del Curiel, que tasó en 1.330 pesos, y Las Delicias, en 3.150 pesos.

Resultando que el Registrador de la propiedad de Pinar del Río libró una certificación, en la que se expresa: que en el año 1868, D. Gabriel Milles y la sucesión de D. Jaime Partagás hipotecaron el Hato de la Cruz para responder al resultado de un recurso de casación; que en 1874 hipotecó D. José Partagás el Hato de la Cruz á favor de D. José Gener y Batet por 50.000 pesos en billetes de Banco; que en 1876 hipotecó una vega nombrada Las Delicias, de tres caballerías de tierra de la hacienda Mamey con otra nombrada El Curiel, á favor de D. Juan Antonio Bances, por la cantidad de 15.000 pesos oro y 15.000 en billetes; y en Febrero de 1887 quedó hipotecado el Hato de la Cruz y El Mamey á favor de D. José Ortz por la suma de 20.241 pesos; y que además reconocía impuestos la de El Mamey 2.700 pesos de las capellanías de Doña Teresa de la Torre, sin que apareciera en más gravada por Partagás:

Resultando que puestos en subasta los bienes embargados, y señalado día para ella, librándose los edictos y exhortos correspondientes, se sus-

pendió el remate, señalándose de nuevo el día 30 de Enero de 1883; pero no habiéndose verificado por falta de postor, se acordó la retasa de los bienes, que tuvo efecto por los peritos que se designaron:

Resultando que el ejecutante D. Juan Antonio Bances solicitó en escrito de Julio de 1883, que para el caso de que no hubiese postores en la subasta que debía verificarse aquel día del Hato de la Cruz, y aun para el de que habiéndolos no ofrecieran los dos tercios del avalúo, proponía que se le adjudicase en pago la finca, adjudicación que había de entenderse con las condiciones que expresó; proposición que se tuvo por hecha, y que no habiendo comparecido postor alguno se admitió, aprobando en su virtud el remate á favor de D. Juan Antonio Bances:

Resultando que antes de que tuviera lugar esta adjudicación, en 6 de Julio de 1883, dedujo en dichos autos D. Juan Bautista Romero la demanda de tercería de mejor derecho, objeto de este pleito, en la que consignó como hechos que por virtud de la ejecución seguida por Bances contra Partagás y Navas, embargó el Hato de la Cruz, que estaba expresamente hipotecado en garantía del crédito reclamado, notificando dicho embargo á los arrendatarios de vegas situadas en terrenos del referido Hato de la Cruz, sin que se hiciese requerimiento alguno á los que ocupaban los terrenos de El Mamey, siendo de notar que en una de las vegas que estaban en terrenos de ambas haciendas y cuyo arrendatario era de apellido Vigoa, sólo fué embargada la renta de la parte correpondiente al Hato de la Cruz, lo cual persuadía que el ejecutante se limitaba á lo comprendido en su hipoteca, estando convencido de que eran distintas las fincas Hato de la Cruz y El Mamey, porque con mucha posterioridad á la escritura hipotecaria otorgada á favor de su cedente se la hipotecaron en garantía de un crédito de 15.000 pesos en oro y 15.000 pesos en billetes, las vegas tituladas Las Delicias y El Curiel, situadas en terrenos de la hacienda El Mamey, no apareciendo de la certificación de gravamen que se expidió antes de otorgarse la escritura que la mencionada hacienda El Mamey estuviese comprendida en la hipoteca de Gener y Batet, no habiendo sacado para el otorgamiento de esta última certificación de gravamen; que iniciado el procedimiento de apremio y dispuesto el avalúo de la finca embargada, ó sea, única y exclusivamente el Hato de la Cruz, en cuyo concepto debieron proceder los peritos al practicar el avalúo, adquiriendo noticias sobre los terrenos que constituían el referido Hato, puesto que los linderos que marcaba la escritura á favor de Gener y Babet estaban equivocados hasta el extremo de designar el de la parte Este con la del Oeste, lo cual hacía imposible encontrar el verdadero terreno del fundo, puesto que el designado con los expresados linderos correspondía á otra finca; que en esa confusión, los peritos adoptaron el medio que más lucro les ofrecía, y de *motu proprio* se extendieron á tasar junto con el Hato de la Cruz la hacienda El Mamey, con lo cual duplicaron el importe de sus honorarios, sin cuidarse de la autorización que habían recibido; que ese avalúo excitó la codicia del ejecutante, y entonces fué cuando por vía de ampliación solicitó y obtuvo el embargo de los terrenos distribuídos en vegas de la hacienda El Mamey, encontrándose que ya estaban embargados á instancia de Romero, á consecuencia de las demandas ejecutivas seguidas contra Partagás y Navas; que las haciendas Hato de la Cruz y El Mamey eran fincas distintas, habiendo sido poseídas por diversos dueños, teniendo registros separados y reconociendo censos particulares, y por ello, al hipotecarse una parte de los terrenos de El Mamey al ejecutante Bances, no se certificó el crédito hipotecario de Gener y Batet; que como garantía de los créditos de Romero contra Navas, se hipotecaron las haciendas Hato de la Cruz, El Mamey y sobrantes del Pinalillo, con sus vegas arrendadas y cultivadas, expresando la certificación de hipotecas que

El Mamey reconocía 2.700 pesos á favor del monasterio de Santa Clara; que valuada en conjunto la hacienda Hato de la Cruz y El Mamey, se dificultaba la subasta por su elevado precio, y por ello no había habido postores, teniendo que retasarse y viniendo á resultar un grave perjuicio para el acreedor hipotecario; que de todo esto se deducía que D. Juan Antonio Bances, cesionario de Gener y Batet, sólo tenía hipoteca expresa en la hacienda Hato de la Cruz, sin que estuvieran afectas al pago de sus créditos las tituladas El Mamey y sobrantes del Pinalillo, y aunque esta última no era objeto de esta controversia, la citaba para demostrar que habían sido tres las fincas hipotecadas á Romero en garantía de sus cuantiosos créditos, y que nunca se habían comprendido bajo la denominación de Hato de la Cruz; que Romero había estado y estaba dispuesto á reconocer el derecho preferente de D. Juan Antonio Bances para que cobrara con el precio que se obtuviera en la subasta del Hato de la Cruz, eliminando del embargo la hacienda El Mamey, que en realidad no se había embargado oportunamente, por lo que siempre sería nulo el avalúo practicado, porque la providencia del Juzgado había sido que se tasasen los bienes embargados, entre los cuales no estaba comprendida la hacienda El Mamey, siendo respecto á ésta el primer hipotecario D. José Ortiz y Gener, y el segundo Romero, sin que por esto dejase Bances de tener derecho á lo que sobraba del precio después de cubiertos esos preferentes créditos; suplicando por todo ello que se ordenara qne se hicieran separadamente los avalúos de las haciendas Hato de la Cruz y El Mamey, toda vez que esta controversia sólo versaba sobre la segunda de estas haciendas, y que en definitiva se resolviera que D. Juan Bernabé Romero debía ser pagado con preferencia del precio que se obtuviera en la subasta de la hacienda El Mamey, que le estaba hipotecada expresamente, sin tener ese derecho sobre ella el acreedor ejecutante, á cuyo cargo debían declararse todas las costas, porque litigaban con expresa temeridad:

Resultando que D. Juan Antonio Bances impugnó la demanda, alegando: que al constituir las dos hipotecas cuya prelación reclamaba Romero, dijo su deudor Navas que las haciendas Hato de la Cruz, Mamey y sobrantes del Pinalillo estaban unidas en una sola conocidas por Hato de la Cruz, habiéndolo certificado así el Anotador de hipotecas; que en la escritura de 29 de Julio de 1876 por Partagás y su esposa, se decía terminantemente que la hipoteca de Gener y Batet gravitaba sobre el todo de la finca Hato de la Cruz y Mamey, estando inscrita con esos nombres la finca hipotecada á Gener y Batet y á D. Juan Bernabé y Romero; que los linderos de la misma señalados en los documentos que contenían los contratos de 20 de Octubre de 1874, 14 de Julio de 1871, 29 de Julio de 1876, 5 de Agosto, 28 de Octubre y 28 de Noviembre de 1879, eran unos mismos, resultando por tanto identificada la extensión de terreno hipotecado á Gener y Betet y á D. Juan Bernabé Romero; que el haberse dicho al otorgarse la escritura de 20 de Octubre de 1874, que se hallaba al Este del Hato de la Cruz lo que se encontraba al Oeste y viceversa, era sólo una equivocación que no podía tener consecuencias, y caso de derivarse alguna, perjudicaría á Romero, porque en la misma equivocación se incurrió al extenderse el documento en que compró Navas y Posse á Partagás y Puig el Hato de la Cruz, Mamey y sobrantes del Pinalillo, ó sea la finca que gravó á favor del propio Romero, equivocación que se repitió al expedirse la certificación de hipotecas de 22 de Octubre de 1879; que al constituir D. José Partagás la hipoteca de Gener y Batet en el Hato de la Cruz, y al vender á D. José Navas el Hato de la Cruz, Mamey y sobrantes del Pinalillo, dijo que gravaba y enajenaba respectivamente todo lo que en esa finca le correspondía por herencia de sus padres y por compra á D. Gabriel Millet, y en esto estaba comprendido El Mamey; y que al hipotecar D. José Navas á Bernabé Ro-

mero en 28 de Octubre y 28 de Noviembre de 1879 el Hato de la Cruz, Mamey y sobrantes del Pinalillo, dijo que se refería á la escritura en que compró á Partagás, ó sea la de 5 de Agosto de 1879, para mejor determinar las citadas haciendas, de modo que resultaba que hipotecaba la que compró á Partagás, y ésta era la misma afectada al crédito de Gener y Batet, no pudiendo por tanto perjudicar al cesionario de éste la división que quiso hacer el mismo Navas en ese contrato, manifestando que la hipoteca de Bances pesaba sobre el Hato de la Cruz y la de Ortz y Gener también sobre El Mamey; alegando como fundamento de derecho, que el acreedor hipotecario cuyo título había sido inscrito, tenía preferencia sobre los de cualesquiera otras clases, y aun sobre los de igual naturaleza por el orden en que fueron constituídos los gravámenes, y que el litigante temerario debía ser condenado en costas:

Resultando que D. José Partagás contestó á la demanda, alegando: que era una verdad indiscutible que el Hato de la Cruz, El Mamey y los sobrantes del Pinalillo eran tres fincas distintas por su origen, sus registros y sus gravámenes; que la individualidad de una finca estaba constituída por su situación, su superficie y linderos, y de los títulos en que se fundaba la tercería no resultaba nada sobre la superficie de las fincas hipotecadas; pero que sí explicaban que eran tres con distintas denominaciones, y que cada una tenía su registro propio; que identificada la cosa hipotecada, no habiendo duda sobre identidad de la hipoteca otorgada á dos acreedores, el que era primero en tiempo lo era en derecho; que el crédito que era objeto de esta tercería había sido retenido por Bances, adjudicatario de los bienes embargados y rematados; y que Partagás sólo podía y debía alegar acerca del crédito constituído el 20 de Octubre de 1874, y sobre él aparecía de la escritura de 12 de Abril de 1878, que sólo fué hipotecada á Bances la hacienda Hato de la Cruz, sin expresar nada acerca de las otras, Mamey y sobrantes del Pinalillo:

Resultando que D. José Navas y Posse apoyó también la demanda, solicitando que se declarase con lugar, con imposición de todas las costas á Bances por la temeridad con que procedía, en virtud de aparecer probados los hechos de la misma con documentos que no podían rechazarse, protestando la nulidad de la subasta celebrada bajo el nombre de adjudicación á favor de Bances, sobre la cual seguía incidente separado:

Resultando que las partes suministraron extensas pruebas, y que en el trámite de conclusiones absolvió posiciones D. José Partagás á instancia de Bances, declarando que era cierto que al constituir en la escritura de 20 de Octubre de 1874 el gravamen á favor de D. José Gener y Batet, le hipotecó la parte de terrenos conocida por Mamey, y que formaban parte del Hato de la Cruz, porque el declarante estaba en la creencia de que todo constituía una sola hacienda:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó en 11 de Octubre de 1889 sentencia revocatoria, absolviendo á D. Juan Antonio Bances y demás demandados de la demanda de tercería de mejor derecho, deducida por D. Juan Bernabé Romero, sin hacer especial condenación de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que D. Juan Bernabé Romero y Vizoso ha interpuesto recurso de casación, citando como infringidas á su juicio:

1.ª La ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, que trata de qué manera deben valer las cartas, no habiendo en ellas alguna de las falsedades ó menguas que de suso son dichas, toda vez que la sentencia desconocía el literal contexto de la escritura de 24 de Octubre de 1874, por la que hipotecó Partagás á Gener la parte que representaba y le pertenecía de la hacienda titulada Hato de la Cruz, y cuyo derecho fué transmitido por Gener á Bances.

en 12 de Abril de 1878, las de 28 de Octubre y 28 de Enero de 1879, por las que D. José Navas dió en hipoteca prefija y señaladamente á D. Juan Bernabé Romero las tres haciendas tituladas Hato de la Cruz, Mamey y sobrantes del Pinalillo, así como las certificaciones del Registrador de la propiedad de Pinar del Río, fechas 9 de Febrero de 1878 y 11 de Julio de 1885, de las que aparecía, no sólo que las fincas en cuestión eran distintas, sino que el Hato de la Cruz estaba hipotecado á Bances, y el Hato Mamey y Pinalillo al recurrente:

2.ª El principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos, contenido en la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, entre otras sentencias, en las de 27 de Diciembre de 1873 y 3 de Julio de 1876, pues constando de la escritura de 28 de Julio de 1876 que Bances reconoció á su satisfacción, dos años después de lo que hoy invocaba como título de su derecho, que no le estaba hipotecado El Mamey cuando en garantía de cierto crédito aceptó en hipoteca dos vegas de la referida hacienda, que consideró libres de todo gravamen, no obstante había venido litigando contra ese acto particular suyo consignado en escritura pública, al solicitar se le considerara como acreedor hipotecario del referido Mamey, nada menos que desde el año 1874 y á pesar del acto realizado en 1876:

3.ª Las leyes 14 y 27, tít. 13, Partida 5.ª, la primera de las que declara qué derecho gana el hombre en la cosa que es obligada á peños, y la segunda dispone cómo aquél que recibe la cosa en peños primeramente, ha mayor derecho que el que la recibe después, fueras ende cosas señaladas; toda vez que se desestimaba la tercería apoyada en unas escrituras de las que aparecía que le fueron hipotecadas tres fincas, siendo por tanto, con arreglo á estas leyes, con derecho preferente en las cosas que le estaban obligadas, y no sólo con anterioridad á Bances, sino con exclusión de Bances, á quien sólo se le hipotecó una de ellas, y sobre la cual reconocía y había reconocido el recurrente el preferente derecho que aquél tenía:

4.ª La jurisprudencia de este Tribunal Supremo contenida en muchas sentencias, entre otras, las de 14 de Diciembre de 1876, 25 de Septiembre de 1863, 3 de Diciembre de 1875, 6 de Julio de 1868, 7 de Enero de 1870 y 20 de Enero de 1871, que constituyen un verdadero Código de interpretación de los contratos, y según los cuales, la primera regla de interpretación consiste en las palabras mismas, en la intención de los contratantes, y en caso de duda en los actos inmediatos posteriores de los otorgantes acerca de lo convenido; doctrina que se infringía, no sólo porque no se atenía la sentencia al contexto literal de las escrituras de 20 de Octubre de 1874 y 24 de Octubre y 28 de Noviembre de 1879, cuando en la primera se hipotecó sólo el Hato de la Cruz y en la segunda esta finca, El Mamey y sobrantes del Pinalillo, sino porque el mismo Bances, en un acto posterior suyo al título de donde pretendía arrancar su derecho, patentizó que no le estaba hipotecada la finca Mamey, pues además de reconocer que ésta se hallaba libre de todo gravamen, aceptó en hipoteca unas vegas enclavadas en la misma.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, invocada en el primer motivo, porque para resolver si el inmueble hipotecado en la escritura de 20 de Octubre de 1874 por D. José Partagás á D. José Gener para garantir cierto crédito, después cedido á D. Juan Antonio Bances, es el mismo hipotecado de igual modo al tercerista recurrente D. Juan Bernabé Romero por el nuevo adquirente D. José de Navas en las de 29 de Octubre y 29 de Noviembre de 1879, se funda precisamente en dichas escrituras, cuyo literal contexto se supone desconocido; en que aquélla expresa claramente que Partagás obligó á Gener cuanto *tenía y representaba en la hacienda titulada Hato de la Cruz*, y éstas,

que lo hipotecado á Romero fué las que nombran haciendas del Hato de la Cruz, Mamey y sobrantes del Pinalillo, cuyas circunstancias detallan, explicando además con claridad que *todas ellas se hallaban unidas en una conocida con el nombre de Hato de la Cruz, de la cual eran hijuelas las otras y había adquirido de Partagás por escritura de 5 de Agosto de 1879;* que los linderos señalados al conjunto de dicha hacienda coinciden con los marcados en la de 1874, diferenciándose sólo en detalles sin importancia, pero con la particularidad de existir esa misma diferencia respecto á la escritura en que Navas adquirió de Partagás los derechos que obligaba á Romero, circunstancias todas que, unidas á la muy reparable de no concordar los designados en la última con ninguna de las señaladas en la de 1879 á cada una de las hijuelas, demuestran cumplidamente que lo hipotecado en la primera no pudo ser alguna de ellas, sino el todo de la hacienda Hato de la Cruz, según estima la Sala sentenciadora, ajustándose así al literal contexto de las repetidas escrituras, y teniendo en cuenta las demás pruebas practicadas, ya que las certificaciones del Registro, que también se dicen desconocidas, sobre no demostrar nada en contrario, revelan la confusión que viene originando la igualdad de nombre de la matriz y del conjunto de la hacienda, y la imperfección con que se llevaron los asientos en la antigua Anotaduría de hipotecas:

Considerando que tampoco infringe el principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos, invocado en el motivo 2.º, en el concepto de que aceptada por Bances como libre de gravamen parte del Mamey en la escritura que en 28 de Julio de 1876 le otorgó á Partagás para garantirle cierto crédito, no puede alegar hoy que El Mamey todo estuviera hipotecado desde 20 de Octubre de 1874, porque siendo Bances extraño á este contrato hasta que le fué cedido por Gener en 12 de Abril de 1878, es claro que no existe la contradicción que se supone, ni cabe deducir que la obligación anterior obtenida por él sobre parte del Mamey pueda menoscabar los derechos que sobre el todo de la hacienda le fueron después cedidos:

Considerando que formalizadas en 20 de Octubre de 1874 la hipoteca hoy de Bances, y en 29 de Octubre y Noviembre de 1879 las de Romero, es indudable que el derecho del primero es anterior en cinco años al del segundo, y al declararlo así la sentencia, no hace más que consagrar la preferencia que las leyes 14 y 27, tít. 13, Partida 5.ª, citadas en el tercer motivo, establecen á favor del que recibe *primeramente la cosa á peños;*

Y considerando que siendo claro el sentido de las escrituras hipotecarias, base del litigio, precisado su alcance por las demás pruebas practicadas, y no constando acto alguno del demandado que entrañe contradicción, no cabe suponer infringidas las reglas de interpretación que se invocan en el último motivo, mucho más cuando el mismo Partagás, interesado en limitar el alcance de la obligación contraída por él en la escritura de 20 de Octubre de 1874, confiesa que al otorgarla comprendió en la hipoteca los terrenos titulados de El Mamey, porque entendía que formaban parte de la tantas veces nombrada hacienda Hato de la Cruz;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan Bernabé Romero y Vizoso, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. —(Sentencia publicada el 30 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Febrero del mismo año.)

32

Recurso de casación (30 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Indemnización de daños y perjuicios.*—Ha lugar al interpuesto por D. Ignacio Figueroa en pleito con Doña Francisca Campoy (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que carece de acción para reclamar daños y perjuicios por supuesto incumplimiento de contrato la parte que no ha ejercitado su acción en la forma estipulada en el mismo; y no estimándolo así, se infringen la ley del contrato y las reglas de derecho 7.ª y 22, tít. 34, Partida 7.ª;

Que los pleitos no acumulados deben fallarse por sus propios méritos y con entera independencia.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sur de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma, por Doña Francisca Campoy y Albert, vecina de Cartagena, autorizada por su esposo D. Joaquín Gallego y Ferrer, propietario, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. Ignacio de Santiago, bajo la dirección del Letrado D. José Martínez Agulló, con D. Ignacio Figueroa y Mendieta, Marqués de Villamejor, propietario, de esta vecindad, representados por el Procurador D. Luis Lumbreras y defendidos por el Licenciado D. Joaquín de la Peña Failde, sobre indemnización de daños y perjuicios por falta de cumplimiento de un contrato:

Resultando que Doña Francisca Campoy y Albert, asistida de su marido D. Joaquín Gallego y Torres y D. Ignacio Figueroa y Mendieta, otorgaron una escritura en Cartagena á 7 de Noviembre de 1872, que fué inscrita en 23 de Septiembre de 1878, por la que la primera dió al segundo en arrendamiento la mina de plomo argentífera nombrada *Esperanza* y vulgarmente *La Blanca*, sita en el término municipal de aquella ciudad, lindante por el Norte con la *San Quintín*, bajo las condiciones, entre otras, las siguientes: primera, que el arrendatario Figueroa se obligaba á colocar en el sitio de la mina que pareciese más adecuado, á juicio de un Ingeniero del ramo, una máquina de vapor de fuerza de 60 á 100 caballos para el desagüe de dicha mina, cuya máquina debería ser colocada dentro del término que fuese necesario para adquirirla en Inglaterra, transportarla á Cartagena y construir las obras necesarias de instalación; cuarta, que el laboreo de la mina, según la cláusula anterior, sería de cuenta de Figueroa, así como la construcción del pozo de máquina se verificaría bajo la dirección de un Ingeniero del ramo, nombrado por él, dándose á dicho laboreo el desarrollo progresivo que indicase el mejor aprovechamiento de los pilones, y avanzando gradualmente á medida que lo permitieran los beneficios obtenidos; séptima, que el precio del arrendamiento sería el del 40 por 100 de todos los minerales que se obtuviesen en la explotación; novena, que Doña Francisca Campoy tendría derecho de intervenir la explotación y de nombrar un Ingeniero del ramo que examinase la dirección facultativa de los trabajos, y en caso de que éste no estuviese de acuerdo con el de Figueroa, se nombraría por ambos Ingenieros un tercero que resolviese en definitiva; diez, que la duración de este arrendamiento sería indefinida, pero Figueroa podría darlo por terminado en cualquier tiempo, teniendo para ello que dar aviso á Doña Francisca Campoy con dos meses de anticipación, entendiéndose que en todo caso debería haberse colocado

previamente la máquina para desagüe; y once, que en el caso de la terminación del arrendamiento en la forma que quedaba consignada en la cláusula anterior, dispondría Figueroa y podría llevarse la máquina y todo lo que hubiese costeado, excepto los edificios, cuya parte de madera y hierro podría llevarse también si no prefería la dueña abonar el valor de ella por tasación, y las labores y fortificaciones debajo de tierra quedarían á beneficio de Doña Francisca Campoy:

Resultando que en 2 de Agosto de 1880 dedujo demanda Doña Francisca Campoy y Albert, para que se condenase á D. Ignacio de Figueroa, Marques de Villamejor, á indemnizarla los daños y perjuicios que le había causado por el incumplimiento de las obligaciones que contrajo en la escritura de arrendamiento que se ha referido, y los que se produjesen mientras durase tal cumplimiento, abonándole en este concepto la cantidad anual por los años transcurridos y que transcurriesen que regulasen peritos nombrados en la forma ordinaria como equivalente al 40 por 100 del mineral que hubiera podido arrancarse de la mina *Esperanza* con el laboreo, explotación y trabajos pactados en mencionado contrato y sus intereses, así como lo que representase el menor valor de la mina por la no realización de dichos trabajos y los que á ellos eran consiguientes, fundando su pretensión en que Figueroa no había cumplido el contrato en cuanto á la apertura del pozo y colocación de la máquina en la *Esperanza,* ni aun siquiera la materialidad de su desagüe; que ocurridas averías en la máquina, dejó de funcionar en Octubre de 1878, sin que hasta el día las hubiese remediado, habiendo sobrevenido la inundación primitiva, y siendo más difícil el desagüe por las perforaciones que Figueroa había hecho poniéndole en comunicación con la mina *San Quintín*; que no había establecido en tiempo alguno la ordenada explotación bajo la dirección facultativa prevenida en el contrato, limitándose á explotar la zona seca por medio de partidarios que, sin más guía que su interés, buscaban el mineral con los mezquinos medios de ataque que poseían; que á pesar de ello, los productos de la mina habían aumentado constantemente, obteniéndose después algunos, aunque menores, á pesar de haberse inundado la mina, con lo que se demostraba que era productiva, y que lo que necesitaba era el desagüe necesario y el ordenado laboreo, que se obligó á realizar el demandado; que á pesar de no haber habido términos hábiles para que ejercitase la facultad que le concedía de nombrar un Ingeniero que, en unión del de Figueroa, examinase los trabajos, puesto que no habían existido ordenados ni dirección facultativa, ni más que unas cuadrillas de partidarios abandonados á sí mismos, había hecho, sin embargo, cuantas gestiones le habían sido posibles para que se laborease la mina como el contrato exigía, á cuyo efecto la habia hecho reconocer varias veces por el Ingeniero Malo de Molina, dirigiendo á Figueroa varias excitaciones para que pusiera remedio; y que estipulada en el contrato en favor de Figueroa la facultad de darle por terminado cuando no conviniera á sus intereses proseguir en él, no habiendo hecho uso de esta facultad, con lo cual la dueña de la mina hubiera podido disponer de ella á su arbitrio, era visto que ni el contrato podía reputarse perjudicial para Figueroa, ni éste tenía excusa alguna para dejar de tomar sobre sí las consecuencias legales de su incumplimiento:

Resultando que D. Ignacio Figueroa impugnó la demanda, sosteniendo que se habían hecho y practicado las obras en la forma convenida, pero que la mina se había encontrado en tal estado, que se había visto en la precisión de hacerlo constar por medio de reconocimiento del Ingeniero D. Antonio Belmar, que libró certificación de esta operación, siendo ésta y no otra la causa de que la explotación no diera ni pudiera dar los resultados por todos apetecidos; que había cumplido el contrato, si conforme se pretendía en la demanda, á lo menos lo bastante para que Doña Francisca

no hubiese interpuesto hasta la presente reclamación alguna para que se hiciese de otro modo la explotación, ni para que se fijase lo que debía hacerse en uso del remedio que consignaba la cláusula novena de la escritura; que la acción de daños y perjuicios sólo podría ejercitarse como subsidiaria después que hubiera prosperado la principal, por lo cual estaba imposibilitada la demandante para pedirlos, por consecuencia de un contrato que, aun en el supuesto de que se hubiere cumplido, no se había pedido su cumplimiento en debida forma:

Resultando que suministradas por las partes pruebas de testigos y peritos, y practicado un reconocimiento judicial, sustanciando el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 21 de Octubre de 1882 sentencia confirmatoria condenando á D. Ignacio Figueroa, Marqués de Villamejor, á abonar á Doña Francisca Campoy los daños y perjuicios que le había irrogado por el no cumplimiento del contrato contenido en la escritura de 7 de Noviembre de 1872, cuyos perjuicios, que deberían ser graduados por peritos nombrados por las partes y tercero en caso de discordia, consistían en los que la mina *Esperanza*, vulgarmente llamada *La Blanca,* hubiera podido sufrir por haberse verificado las obras de explotación de la misma por Figueroa, valiéndose para ello de partidarios que no se atuvieron á las prescripciones y dirección facultativa, y por consiguiente, sin practicar las labores de fortificación y extracción de escombros que las minas exigían, en los que hubiera producido la inundación de la mina por el tiempo que las aguas se hubieran apoderado de la misma por el abandono de los trabajos, y en los que hubiera sufrido la demandante por no haber percibido las cantidades importe de 40 por 100 del mineral que pudo y debió extraerse en el tiempo que los trabajos estuvieron paralizados, teniendo en cuenta para ello el que se pudiese haber invertido racionalmente en el arreglo de la máquina de desagüe, y graduando dicho importe de 40 por 100 por el término medio que resultase de los productos obtenidos de la mina en la época en que Figueroa la había tenido en verdadera y efectiva explotación:

Resultando que D. Ignacio Figueroa interpuso contra esta sentencia recurso de casación, que fundó en siete conceptos ó motivos; y que este Supremo Tribunal, por sentencia de 16 de Junio de 1883 declaró no haber lugar á dichos motivos, consignando en sus fundamentos, que á la apreciación hecha por la Sala sentenciadora respecto á las omisiones que determinaban el cumplimiento del contrato de 1872, únicamente oponía Figueroa su propio criterio con relación á las mismas pruebas que habían sido objeto de dicha apreciación, lo cual no podía ser de fundamento legal para el recurso; que no era doctrina legal que la acción de daños y perjuicios fuera siempre consecuencia de otras acciones, y que debiera ejercitarse, bien como subsidiaria de la principal, ó bien después que ésta hubiera prosperado, y que la condena de ellos que contenía la sentencia no descansaba en suposiciones y datos inseguros, como expresaba el recurrente, sino que dada la existencia de dichos perjuicios, que declaraba el mismo fallo, establecía además bases fijas y precisas, con arreglo á las cuales habían de graduar los peritos el importe de aquéllos, sin que en lo relativo al mineral que pudo y debió extraerse durante el período en que los trabajos habían estado paralizados por culpa del Marqués de Villamejor, hubiera de resultar enriquecimiento torticero para Doña Francisca Campoy, puesto que del producto total que se calculase por el indicado concepto, sólo había de percibir dicha interesada el 40 por 100 á que tenía derecho en virtud del contrato y de lo ordenado en la sentencia, quedando el 60 para el arrendatario:

Resultando que para la ejecución de esta sentencia nombraron las partes peritos, y que el nombrado por Figueroa, D. Guillermo López Bieners,

prestó su declaración en 7 de Septiembre de 1884, diciendo en resumen que Doña Francisca Campoy no había experimentado ningún perjuicio explotándose la mina por partidarios, no existiendo en ella criaderos de importancia, pudiendo considerarse ya explotados los insignificantes que existían; que la máquina estuvo parada solamente el tiempo preciso, no debiendo abonar Figueroa cantidad por diferencia de productos, pues la mina había estado en verdadera explotación, salvo los incidentes acaecidos en la máquina:

Resultando que el Ingeniero D. Ginés Moncada, perito designado por la demandante, dijo en el resumen de su dictamen de 20 de dicho mes de Septiembre de 1884, después de establecer, como el anterior, largas consideraciones y valuaciones, que la cantidad que debía percibir Doña Francisca Campoy por todos conceptos, ascendía á 81.057 pesetas y 6 céntimos; y que el perito tercero D. Fernando Bernáldez, en su informe de 13 de Febrero de 1885, apreció los perjuicios de que debía ser indemnizada Doña Francisca Campoy, conforme á los conceptos que comprendía la sentencia, en 109.518 pesetas:

Resultando que resolviendo el Juzgado este incidente, proveyó auto en 7 de Abril de 1885 declarando que aprobaba la liquidación de perjuicios practicada por el perito D. Ginés Moncada en cuanto se refería á la indemnización de presente por los conceptos expresados en la ejecutoria, importantes 81.057 pesetas 6 céntimos, á cuya cantidad se agregase la de 611 pesetas para integrar la de 81.668 que fijaba el perito tercero, y con la cual manifestaba implícitamente su conformidad el Marqués de Villamejor, condenándole á que pagase dicha suma á Doña Francisca Campoy, cuyo auto se llevó á efecto:

Resultando que para este tiempo, en 29 de Septiembre de 1883, había deducido demanda D. Ignacio Figueroa para que se condenase á Doña Francisca Campoy, á que, en virtud de requerimiento que le había hecho en carta de Enero de 1882, tuviese por terminado el arriendo de la mina *Esperanza*, desde 9 de Marzo siguiente, haciéndose cargo de ella, declarando que de no efectuarlo podría el demandante abandonarla, sufriendo la demandada las consecuencias del abandono, declarándose igualmente á aquél exento de toda responsabilidad que pudiera fundarse ó provenir del citado contrato de arrendamiento desde el día 9 de Marzo indicado, en que la Campoy debía hacerse cargo de la mina, debiendo además dicha Campoy pasar desde la expresada fecha en cuanto al laboreo, explotación y entrega de productos se refería, por lo que venía ejecutándose desde entonces, y condenándola también á indemnizar cualquiera clase de perjuicios que por cualquier concepto pudiera ocasionar al demandante la tenencia de la mina desde la referida fecha en que la demandada debió recibirla:

Resultando que Doña Francisca Campoy impugnó la demanda, solicitando que se le absolviera de ella y que se declarase que para encontrarse el actor en condiciones de utilizar el derecho que le concedía la cláusula 10 del contrato, era preciso que colocase dentro de la mina *Blanca* la máquina á que se refería la cláusula 1.ª, construyendo las obras de instalación y el pozo que determinaban la 2.ª y la 3.ª, ó bien que incorporase á dicha mina *Blanca* el terreno donde aquella máquina estaba con sus obras, pozos y accesorios, previas las formalidades necesarias y cesión en forma, para que la demandada pudiese tomar quieta y pacífica posesión de lo incorporado y usarlo libremente:

Resultando que sustanciado el juicio, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 5 de Diciembre de 1884 declarando terminado el citado contrato de arrendamiento de la mina *Esperanza*, y condenando en su consecuencia á la demandada á hacerse cargo y

entrega de la misma en término de diez días, pudiendo el demandante hacer dejación de ella libremente y sin responsabilidad alguna si transcurrido dicho plazo no se prestase á la entrega, declarando asimismo que á D. Ignacio Figueroa no se le habían irrogado perjuicios de ninguna especie con la continuación del contrato desde 9 de Marzo de 1882 hasta la fecha en que esta sentencia quedase firme, absolviendo á la demandada de ese extremo de la demanda; y que interpuesto recurso de casación por uno y otro litigante, este Supremo Tribunal, por sentencia de 13 de Enero de 1886, declaró no haber lugar al recurso deducido á nombre de Figueroa, referente á los perjuicios que se pudieran ocasionar con motivo de la continuación del arriendo de la misma desde 9 de Marzo de 1882, y estimando el recurso interpuesto por Doña Francisca Campoy, casó y anuló la sentencia recurrida en cuanto declaraba terminado el arrendamiento y condenaba á aquélla á que se hiciera cargo de la máquina, absolviendo en su lugar en la segunda sentencia á Doña Francisca Campoy de la demanda declarando que para que Figueroa pudiera hacer valer el derecho de dar por terminado el contrato de arrendamiento que le otorgaba la condición 10 de la escritura de 7 de Noviembre de 1872 y evitar los efectos de la restricción que se lo impedía, debía proveer á la mina *Blanca* del pozo para el desagüe á que se obligó, según las tres primeras condiciones, ó autorizar en forma legal á Doña Francisca Campoy para disponer como propio del en que se instaló la máquina, en cuyos casos estaría obligada la Campoy á dar por terminado el arriendo de la mina por hacerse cargo de ella en la forma y con las condiciones estipuladas en la escritura del contrato:

Resultando que en ejecución de esta sentencia solicitó el Marqués de Villamejor en escrito de 23 de Junio de 1886, acompañando unas certificaciones autorizadas por un Ingeniero de minas para justificar que se había efectuado la perforación del pozo, que se hiciera saber á Doña Francisca Campoy su voluntad de dar por terminado el arriendo de la mina, por haberla provisto de pozo para el desagüe ordenado por la sentencia de este Supremo Tribunal, requiriéndosela para que tuviera por terminado dicho contrato á los dos meses del aviso, haciéndose cargo de la mina con las formalidades necesarias; y que por auto de 10 de Agosto de 1886 se mandaron entregar á Doña Francisca Campoy las copias presentadas por Figueroa de su escrito y de las certificaciones, y que hecho firme aquel auto, se requiriera á la misma á los fines pedidos por Figueroa:

Resultando que Doña Francisca Campoy impugnó las pretensiones de Figueroa sosteniendo que debía hacer uso de su derecho en el modo y lugar que viere convenirle, pues con arreglo al fallo de este Supremo Tribunal, cuando Figueroa obrara dentro de las condiciones de arriendo, podría prevalecer su demanda que necesariamente tendría que ser sustanciada en el juicio correspondiente si á ella se oponía esta parte, porque la ejecución de las sentencias no se verificaba al capricho de una de aquéllas, sino que se disponían por los Jueces; y que impugnada por el Marqués de Villamejor la oposición de Doña Francisca Campoy, el Juez, por auto de 12 de Agosto de 1886, que confirmó con las costas la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, declaró no haber lugar á la reforma solicitada por aquélla:

Resultando que Doña Francisca Campoy interpuso recurso de casación contra este auto, y que estimado por este Supremo Tribunal en 15 de Febrero de 1888, declaró, en la segunda sentencia que pronunció el mismo día, no haber lugar á hacer saber á Doña Francisca Campoy lo solicitado por Figueroa en su escrito de 23 de Junio de 1886, pudiendo usar de los derechos de que se creyese asistido en el modo y forma que viere convenirle, condenándole al pago de las costas de primera instancia:

Resultando que antes de esto, en 18 de Junio de 1886, Doña Francisca

Campoy dedujo la demanda objeto del actual recurso, y haciendo mérito en ella del primitivo pleito y del de terminación del arriendo promovido por Figueroa, y de las ejecutorias en ellos recaídas, alegó que, persistente Figueroa, á pesar de ellas, en su injusto proceder, continuaba en el mal uso de la mina, sin efectuar su explotación según prevenía el contrato, ni ponerse tampoco en condiciones de darlo por terminado; habiendo dejado, singularmente en el año 1885, que la innundación de la mina aumentase considerablemente, lo cual era un daño efectivo de presente y para el porvenir; no teniendo Ingeniero que dirigiese la explotación y faltando, en suma, á todas las condiciones estipuladas, según comprobaban las cartas, actas notariales y las mismas contestaciones de Figueroa que presentaba; resultando de todo que no interrumpida por éste la tarea de producir daños y perjuicios á la mina, tenía que indemnizar á la demandante de todos los causados y que seguían causándose desde el punto en que terminó la anterior indemnización, que se hizo efectiva, hasta que cambiase de conducta y cumpliese lo estipulado, y ejercitando la acción personal nacida del contrato de la cosa juzgada y de los hechos ocurridos, suplicó se condenase á D. Ignacio Figueroa á indemnizar á la demandante de los daños y perjuicios causados desde 23 de Marzo de 1883, fecha á que se refería el abono de iguales conceptos, ya verificado á la demandante, por el incumplimiento de las obligaciones que aquél contrajo en la escritura de arrendamiento de la mina, y los que se ocasionasen mientras durase este incumplimiento, abonándola en este concepto por el tiempo transcurrido y que transcurriese la cantidad anual que se regulara por los trámites legales, como equivalente al 40 por 100 del mineral que pudiera haberse arrancado de la mina con el laboreo, explotación y trabajos prestados en el mencionado contrato, así como lo que representaba los mayores menoscabos sufridos y que sufriese el valor de la mina desde la indicada fecha de 23 de Marzo de 1883, y los demás perjuicios indemnizables de presente por la no realización de aquéllos mismos trabajos, y la realización en su lugar de hechos indebidos ó abusivos, intereses correspondientes á estas cantidades y las costas:

Resultando que D. Ignacio Figueroa contestó á la demanda negando los hechos en que se fundaba, pues desde que tuvo cumplimiento la indemnización á que se refería la primera ejecutoria, no se había valido de partidarios para la explotación de la mina, habiendo tenido á su frente constantemente al Ingeniero Biernest, y durante su ausencia á D. Antonio Belmar, habiéndose dado á los trabajos el desarrollo progresivo que indicaba el mejor aprovechamiento, no de los filones, porque no existían, sino haciendo todo lo posible y aun más de lo que exigía la cláusula 4.ª del contrato de arrendamiento; que no había paralizado los trabajos en la medida que habían permitido las circunstancias, como lo confirmaba en los recibos que presentaba, en los que aparecía haber recibido constantemente el 40 por 100 desde la segunda quincena de Enero de 1885, y el 30 por 100 en los meses anteriores; que había continuado siempre el desagüe de la mina, y si había estado alguna vez aguado é incomunicado había sido por fuerza mayor é invencible; que ni la demandante ni su Ingeniero habían usado en forma del derecho que establecía la cláusula 9.ª de la escritura, si no le gustaba la dirección facultativa de los trabajos, debiendo haberse dirigido á Figueroa para los efectos de dicha cláusula, como lo había hecho hacía pocos días con otro motivo; de todo lo cual resultaba que la demandante hasta el día en que presentó la demanda no había puesto reparo alguno formal y serio sobre los trabajos de explotación de la misma; que aparte de no existir los perjuicios que se demandaban, aquella solicitud había sido ya desestimada otra vez por la sentencia de 14 de Diciembre de 1887; que la indemnización de perjuicios verificada anteriormente

alcanzó por lo menos hasta el 20 de Septiembre de 1884, en que verificó la apreciación el Ingeniero de la demandante, que fué aprobada por auto de 7 de Abril de 1885; pues era claro que siendo los perjuicios de que se trataba referentes á la falta de dirección facultativa de trabajos y demás, no podía menos de comprender los que observara al reconocer la mina y dar su dictamen, supuesto que no se había fijado fecha hasta la cual había de avanzar dicha apreciación; que lo más que podía ocurrir era que la demandante, que sólo empezó á percibir el 40 por 100 que le correspondía en la segunda quincena de Enero de 1885, y sólo hasta entonces el 30 por 100, según venía percibiéndole antes de ejecutarse la sentencia de indemnización de perjuicios, tuviese derecho de completar el 10 por 100 de algunos meses comprendidos entre los que ya le fueron pagados en la indemnización hasta la segunda quincena de Enero de 1885, que, como se había dicho, empezó á percibir el 40 por 100; pero siendo un hecho á la vez que respecto de este punto no hizo reclamación expresa hasta entonces, y estando dispuesto Figueroa á completarle el importe del 10 por 100 que hubiese recibido de menos, no cabía calificarlo como indemnización de perjuicios, sino como saldos de cuentas de beneficios; y resultando evidente de todos estos hechos que D. Ignacio Figueroa no había faltado á ninguna de las condiciones del contrato de arrendamiento desde que había tenido lugar la indemnización de daños y perjuicios á que se refería la sentencia de 14 de Diciembre de 1881, y que la demandante no había procedido en la forma debida para practicar lo prevenido en la cláusula 9.ª de la escritura, de todo lo cual se desprendía la manifiesta temeridad de la demanda, terminó suplicando que se le absolviese de ella, condenando en todas las costas á la demandante, sin perjuicio de abonarla el 10 por 100 que hubiese recibido de menos en los meses que esto hubiese ocurrido y no estuviesen comprendidos en la indemnización que se le hizo en 1.º de Mayo de 1885, no en calidad de perjuicios, sino como saldo á su favor en la entrega del precio ó merced:

Resultando que reproducidas por las partes sus alegaciones y pretensiones en los escritos de réplica y dúplica, se recibió el pleito á prueba, practicándose por una y otra de peritos, testigos y documentos, referentes éstos á testimonios de particulares de los juicios anteriores, habiéndose presentado por el demandado en el trámite de conclusiones un testimonio, del que aparece que en el mismo Juzgado del distrito del Sur se hallaba pendiente una demanda promovida por Figueroa para que se tuviese por terminado el arriendo de la mina, haciéndose cargo inmediatamente de ella Doña Francisca Campoy, y condenándola al abono de los perjuicios ocasionados al demandante desde 6 de Octubre de 1886, en que aquélla debió hacerse cargo de su propiedad; y que Doña Francisca Campoy había contestado á dicha demanda con la pretensión de que se la absolviera de ella, con imposición al demandante de perpetuo silencio y las costas:

Resultando que también solicitó Figueroa que Doña Francisca Campoy absolviera posiciones, y que evacuándolas, dijo: que si bien era cierto que se había dirigido en cartas en algunas ocasiones al Marqués de Villamejor, no fué con objeto de que nombrase el tercer perito á que aludía la cláusula 9.ª de la escritura, sino contestando cartas suyas en que decía que daba por terminado el contrato de arrendamiento, y se le contestaba que no podía accederse mientras no se cumplieran las condiciones del mismo contrato:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 14 de Marzo del año último 1890, que no fué conforme con la del Juez de primera instancia, condenando á D. Ignacio Figueroa y Mendieta á pagar á Doña Francisca Campoy y Albert: primero, las cantidades que por vía de indemniza-

ción de daños y perjuicios y con ejecución de esta sentencia regulen peritos nombrados por las partes; segundo, en caso de discordia, en la forma prescrita por la ley, teniendo en cuenta á tal fin dichos peritos los daños y perjuicios que la mina *Esperanza*, llamada también *Blanca*, hubiese podido sufrir, por haberse verificado las labores de explotación de la mina por partidarios, sin sujeción á las prescripciones y dirección facultativa, y por lo que hubiese desmerecido dicha mina, por consecuencia de la forma de explotación de que ha sido objeto desde 23 de Marzo de 1883 hasta la fecha, en que esta sentencia quede ejecutada; y tercero, el importe del 40 por 100 de mineral extraído desde el indicado día 23 de Marzo de 1883 hasta igual fecha, deduciéndose de él lo que Figueroa acreditase haber satisfecho ya por el concepto indicado, absolviéndole de los demás extremos que comprendía la demanda, y sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las instancias:

Resultando que D. Ignacio Figueroa ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que la sentencia infringe la ley del contrato contenido en la escritura de 7 de Noviembre de 1872, y en consonancia con ella la ley 1.ª, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y singularmente las cláusulas 4.ª y 9.ª de dicho contrato, en el concepto de que determinándose en la 4.ª que el laboreo de la mina se verificaría bajo la dirección de un Ingeniero nombrado por Figueroa, dándosele el desarrollo que indicase el mejor aprovechamiento de los filones y avanzando gradualmente á medida que lo permitieran los beneficios obtenidos, era clara que por dicha cláusula ni por ninguna otra Figueroa no tomó sobre sí responsabilidad alguna personal que se originara en la manera de hacerse los trabajos ó laboreo, fuese buena ó mala, ni menos la de indemnizar Doña Francisca Campoy perjuicios por tal concepto; y esto era en sustancia á lo que condenaba la sentencia á Figueroa, extendiendo sus obligaciones á casos y cosas no estipuladas, con infracción de la doctrina establecida en multitud de sentencias, entre ellas, la de 30 de Junio de 1863, 11 de Noviembre y 30 de Diciembre de 1864, y otras; obligaciones, deberes y responsabilidades además expresamente eludidas por D. Ignacio Figueroa en el mismo contrato de arrendamiento al resignar por la cláusula 4.ª en un Ingeniero del ramo la dirección de los trabajos de explotación, y establecerse la intervención de Doña Francisca Campoy por la 9.ª, haciéndola así solidaria de cualquier perjuicio que pudiera ocasionar el modo, manera ó forma de verificarse los trabajos de explotación:

2.º Que en consonancia con el motivo anterior, la sentencia en la apreciación de las pruebas incurre en el error de derecho y de hecho que constituyen infracción de ley y doctrina, según el caso 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, al afirmar que D. Ignacio Figueroa trabajó la mina por partidarios que no se atuvieron á dirección facultativa, que á esto equivalía el condenarle á indemnización por tal concepto; en error de derecho, porque negando semejante afirmación del demandado, debía haberla probado el demandante, según la ley 1.ª, art. 14 de la Partida 3.ª; y si bien era cierto que éste había presentado testigos que afirmaban haberse trabajado la mina por partidarios, repreguntados si les constaba que lo hacían bajo dirección facultativa, sólo dos negaban la repregunta, de los cuales uno era el dependiente de la demandante y el otro se refería á él; testimonios negativos sin eficacia legal, y claro era que tal extremo había que probar, ó sea que no había dirección facultativa para justificar la indemnización que contenía la sentencia; y en error de hecho que resultaba de documentos y actos auténticos, cuales eran las cartas que mediaron entre los Ingenieros de Figueroa y la Campoy, los informes repetidos del primero y los recibos de sus sueldos, documentos todos reconocidos judi-

cialmente; y, por tanto, auténticos y no negados, de los cuales resultaba probado que la mina *Esperanza* fué constantemente dirigida por Ingenieros, ajustándose el laboreo á las prescripciones de la ley; infringiéndose por tanto por la sentencia las reglas de la sana crítica, y por ello el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque los Tribunales tienen el deber de apreciar las pruebas documentales aducidas al pleito para formar su criterio, segun doctrina establecida en sentencia de este Supremo Tribunal de 15 de Diciembre de 1882, y de todas las pruebas documentales traídas á los autos resultaba probado que desde 1882 hasta el presente no había podido haber trabajos en la mina *Esperanza* hechos por partidarios que no se atuvieron á dirección facultativa:

3.º Que al hacer la sentencia responsable únicamente al recurrente y no á Doña Francisca Campoy de la manera de haberse verificado los trabajos de explotación, si pudiera haber otra responsabilidad en esta materia que la del Ingeniero Director, incurre igualmente en error de derecho á que se refiere el ya citado caso 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que prescinde de una prueba de que no es posible prescindir sin infringir la ley 2.ª, tít. 13 de la Partida 3.ª, que manda el juzgador dar juicio afinado en conformidad con la conoscencia ó confesión hecha en juicios por el litigante, toda vez que constaba que Doña Francisca Campoy había declarado al evacuar la tercera pregunta de un interrogatorio, que si bien era cierto que se había dirigido en cartas en algunas ocasiones al Marqués de Villamejor, no fué con el objeto de que nombrase el tercer perito á que aludía la cláusula 9.ª, sino contestando á otras suyas sobre terminación del arrendamiento, de lo cual se deducía que consintió, pudiendo no haberlo consentido, el modo, forma y manera de dirigirse y hacerse los trabajos de explotación; por lo que la sentencia que eximía de esta responsabilidad á dicha señora y la cargaba exclusivamente al recurrente, incurría en el error de derecho indicado, é infringía el principio de jurisprudencia contenido en la regla 7.ª, tít. 34 de la Partida 7.ª, que establece «que el que ve facer mal á aquel á quien lo puede vedar, si no lo veda, semeja que lo consiente é que es aparcero en ello», así como las leyes 22 del mismo título y Partida, que dice: «que el daño que home recibe por su culpa, que á sí mismo debe culpar por ello», y no podía caber duda de que Doña Francisca Campoy, visto que las advertencias oficiosas de sus encargados á los de Figueroa no daban resultado, debió dirigirse á éste para hacer uso del derecho que le otorgaba la cláusula 9.ª, como lo hizo para otro motivo, ó sea para la construcción de un pozo de desagüe, y no habiéndolo hecho para enmendar la manera ó forma de hacer los trabajos de explotación, consintió lo que se hacía, siendo responsable de ello, y si le viniera algún daño, á sí mismo debió culparse:

4.º Que igualmente incurre la sentencia en evidente error de hecho, al determinar que la indemnización, en caso que hubiera lugar á ella, lo cual se negaba, debía partir desde 23 de Marzo de 1883, porque aparecía de un documento auténtico, cual era el auto omologado de 7 de Abril de 1885; que la indemnización anterior comprendió hasta el día 20 de Diciembre de 1884, en que hizo el aprecio el perito D. Ginés Moncada, estableciéndose en dicho documento, también auténtico, lo siguiente: «Importa la indemnización de daños y perjuicios sufridos al presente por la mina *Esperanza* la cantidad de 81.057 pesetas 6 céntimos»; y como el presente era la fecha antes indicada, era claro que si existieran nuevos perjuicios, tendrían que empezar al siguiente día de esta fecha, sin que atenuase el valor de lo dicho el que en el cuadro para fijar el precio medio de los minerales que hizo dicho perito, se fijase la última fecha de 23 de Marzo de 1883, pues esto sólo podría significar que desde entonces hasta que se emitió el dictamen no había causa de indemnizar perjuicios, como en el pe-

ríodo anterior á Julio de 1874, y como tampoco lo hubo, según el expresado cuadro, desde Julio de 1877 á 27 de Octubre de 1878;

Y 5.° Que al resolver la sentencia que la fecha á que ha de alcanzar la indemnización por perjuicios causados por el arrendamiento sea la en que dicha sentencia tenga ejecución, infringe la ley 12, tít. 22, Partida 3.ª, por cuanto la competencia del Tribunal no puede pasar del día 6 de Octubre de 1886, en que Figueroa dió por terminado el arrendamiento; pues si bien Doña Francisca Campoy se oponía á ello, existía pleito pendiente sobre este extremo, según constaba en autos, y era claro que infringía también el principio de derecho de que, pendiente el juicio, no puede hacerse novación alguna ni declaración en otra sobre lo mismo, porque podría resultar que declarado por ejecutoria terminado el arrendamiento en la referida fecha, y en la de que se recurría establecida la fecha de su ejecución para la indemnización de perjuicios por dicho arrendamiento, se produciría un conflicto de derecho imposible de resolver por manifiesta incompatibilidad de dos ejecutorias, pues mientras la una declaraba haber cesado el arrendamiento de 1886, la otra mandaba hacer efectivos los derechos del arrendamiento hasta 1890, ó mucho más; incurriendo en la misma infracción la sentencia recurrida, al determinar que D. Ignacio Figueroa abone el 40 por 100 hasta la fecha en que se ejecute, pues este extremo se hallaba también pendiente del litigio referido, en el cual se discutía si Figueroa, desde que dió por terminado el arrendamiento debía ó no pagar el 40 por 100 como pretendía Doña Francisca, ó si debía estarse á la liquidación de gastos y productos como solicitaba Figueroa; infringiéndose también por este concepto, el cuasicontrato que resultaba de la litis contestación, en virtud de la cual se obligaban y comprometían el demandante y demandados á cumplir el fallo del Juez á quien sometieron la decisión del pleito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que en el contrato de arrendamiento de que se trata no se establecieron reglas ó condiciones sobre la forma ó manera de explotar la mina arrendada, ni se impuso al arrendatario más obligación acerca de ese extremo que la de verificar el laboreo bajo la dirección de un Ingeniero del ramo, nombrado por él; y que si bien se reservó á la propietaria de la mina el derecho de intervenir y de inspeccionar la explotación, el medio estipulado para hacerlo efectivo fué el de nombrar por su parte otro Ingeniero que examinase la dirección facultativa de los trabajos, y en el caso de no estar de acuerdo ambos peritos, el de elegir éstos un tercero *para resolver en definitiva*:

Considerando que es un hecho probado reconocido en la sentencia recurrida, que la explotación de la mina *Esperanza*, en la época á que este pleito se refería, se practicó bajo la dirección de un Ingeniero del ramo, nombrado al efecto por D. Ignacio de Figueroa, resultando cumplida, por consiguiente, la obligación que éste contrajo en la escritura de arrendamiento; y que si esa dirección facultativa ha sido irregular ó defectuosa, si no se ajustó á las prescripciones que la ciencia prescribe para el buen laboreo de las minas, y si por ello se han seguido daños y perjuicios á la propietaria Doña Francisca Campoy, ésta pudo haberlo impedido ó remediarlo en la forma convenida, ó sea, nombrando, desde un principio, otro Ingeniero que examinase los trabajos y se opusiera á los que no estimase procedentes, y empleando en su caso los medios adecuados para la elección de perito tercero, que es el llamado por la ley del contrato á dirimir la discordia de los nombrados por las partes:

Considerando que no habiendo la propietaria de la mina ejercitado su derecho en la forma estipulada, carece de acción para reclamar daños y perjuicios por el supuesto incumplimiento del contrato, sin que importe nada en contrario lo resuelto por este Tribunal Supremo en la sentencia

de 16 de Junio de 1883, porque en aquel otro pleito resultaba manifiesta la infracción del mismo contrato por parte del arrendatario, por no haber nombrado Ingeniero que dirigiese el laboreo; y porque el fallo actual no se funda en esta parte, como el anterior, en la falta de dicho Ingeniero director, sino mediante éste, en la manera imperfecta y desordenada en que estima practicada las labores, lo cual es bien distinto:

Considerando que de lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida, en el extremo que condena á D. Ignacio de Figueroa á la indemnización de dichos daños y perjuicios, infringe la ley del contrato, que es la especial en la materia, invocada en el motivo 1.º; y las reglas de derecho 7.ª y 22, tít. 34 de la Partida 7.ª, que se citan en el tercero:

Y considerando que estimadas dichas infracciones legales, es ocioso ocuparse de las alegadas sobre el mismo punto de la indemnización, aunque bajo otros conceptos, en los motivos 4.º y 5.º; no cabiendo tampoco tomar en cuenta lo que se expone en este último con respecto al pago del 40 por 100 del mineral extraído de la mina desde el 23 de Marzo de 1883, porque aparte de que este pleito y el otro á que se alude, no estando, como no están acumulados, han debido y deben fallarse por sus propios méritos y con entera independencia, con esta misma fecha se dicta también sentencia por esta misma Sala, no dando lugar á otro recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ignacio de Figueroa contra la sentencia que en 14 de Marzo de 1890 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, en cuanto por ella se condena al mismo Figueroa al abono á Doña Francisca Campoy, por vía de indemnización, de los daños y perjuicios que hubiese podido sufrir la mina *Esperanza*, en cuyo extremo casamos y anulamos dicha sentencia.—(Sentencia publicada el 30 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Febrero del mismo año.)

33

RECURSO DE CASACIÓN (30 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Terminación de contrato é indemnización de daños y perjuicios.*—No ha lugar al interpuesto por D. Ignacio Figueroa en pleito con Doña Francisca Campoy (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, la sentencia que se ajusta al texto claro de lo convenido por los contratantes y al resultado de las pruebas acerca del cumplimiento del contrato:

Que no es procedente la impugnación del juicio de la Sala sentenciadora cuando no se hace en los términos que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues no se cita la infringida al apreciar la prueba, ni se concretan los documentos justificativos de la equivocación evidente del juzgador:

Que la parte que no cumple el contrato no puede reclamar indemnización de perjuicios; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 5.ª, tít. 6.º, y 13 y 35, tít. 11, Partida 5.ª

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sur de esta corte, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, por D. Ignacio Figueroa y Mendieta, Marqués de Villamejor, propietario, con Doña Francisca Campoy y Albert, también propietaria, vecinos de esta corte, sobre terminación de un contrato de arrendamiento é indemnización de daños y perjuicios, pendiente ante Nos á virtud de recurso de ca-

sación por infracción de ley interpuesto por el demandante, dirigido y representado por el Licenciado D. Joaquín Peña y Failde y el Procurador D. Luis Lumbreras, habiéndolo sido la parte recurrida por el Letrado Don José Martínez Agulló y el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez:

Resultando que por escritura pública otorgada en Cartagena á 7 de Noviembre de 1872, Doña Francisca Campoy, asistida de su marido Don Joaquín Gallego, dió en arrendamiento á D. Ignacio Figueroa y Mendieta la mina de plomo argentífero nombrada *Esperanza* y vulgarmente *Blanca*, sita en el término de aquella ciudad, y lindante por el Norte con la titulada *San Quintín*, bajo varias condiciones, entre ellas, las siguientes: primera, el arrendatario se obligaba á colocar en la mencionada mina y sitio que á un Ingeniero del ramo pareciese más adecuado, una máquina de vapor de fuerza de 60 á 100 caballos, para desagüe de dicha mina, cuya máquina debería ser colocada dentro del tiempo que fuera necesario para adquirirla en Inglaterra, transportarla á Cartagena y construir las obras naturales de instalación; segunda, serían de cuenta de Figueroa todos los gastos que ocasionaran la compra, transporte, instalación y entretenimiento de aquella máquina; quedando en todo caso de su exclusiva propiedad, tanto la nombrada máquina, su accesorio y tubería, como los edificios que construyera para su colocación y demás servicios; tercera, serían también de cuenta de Figueroa los gastos de laboreo de la mina y de construcción del pozo de máquina; novena, Doña Francisca Campoy tendría derecho á intervenir la explotación y nombrar un Ingeniero del ramo que examinara la dirección facultativa de los trabajos; y en caso de no hallarse éste de acuerdo con el de Figueroa, se nombraría por ambos Ingenieros un tercero que resolviese en definitiva; décima, la duración del arrendamiento sería indefinida, si bien Figueroa podría darlo por terminado en cualquier tiempo, cuando conviniera á sus intereses, pero para ello tendría que dar aviso á Doña Francisca Campoy con dos meses de anticipación, entendiéndose que en todo caso debería previamente haberse colocado la máquina para desagüe; y duodécima, en el caso de terminación de aquel arrendamiento, en la forma consignada en la condición anterior, dispondría Figueroa y podría llevarse la maquinaria, tubería y todo lo que hubiese costeado, excepto los edificios, cuya parte de madera y hierro podría llevarse también, si no prefiriese la dueña abonar el valor de ella por tasación; y las labores y fortificaciones bajo tierra quedarían á beneficio de la Doña Francisca Campoy:

Resultando que en pleito promovido por Doña Francisca Campoy y contra D. Ignacio Figueroa, se dictó sentencia por el antiguo Juzgado del distrito de Buenavista de esta corte, que confirmó la Audiencia de este territorio, sin darse lugar á su casación por la de esta Sala, de 16 de Junio de 1883, condenando á Figueroa á indemnizar á la demandante los daños y perjuicios que la había causado por el incumplimiento en varios conceptos del referido contrato; daños y perjuicios que en tasación de peritos, aprobada por el Juzgado, se fijaron en 81.668 pesetas y 6 céntimo:s y después de dictada la enunciada sentencia, y habiéndose cruzado antes cartas de Figueroa á la Doña Francisca, y de ésta á aquél, en contestación, sobre terminación del contrato, dedujo el primero, en 29 de Septiembre de dicho año 1883, demanda para que se condenara á la Doña Francisca á que en virtud de requerimiento que se le había hecho, tuviera por terminado desde 9 de Marzo de 1882, el arrendamiento de la mina *Esperanza*, haciéndose cargo y entrega de ella, y se declarara que de no efectuar esto inmediatamente podría él abandonarla, sufriendo la demandada las consecuencias del abandono; quedando el actor exento de toda responsabilidad que pudiera fundarse, ó provenir del citado contrato, desde la fecha en que la Doña Francisca debió hacerse cargo de la mina; y desde la indicada fecha

había de pasar, en cuanto al laboreo, explotación y entrega de productos se refería, por lo que desde entonces se venía ejecutando; condenándola igualmente á indemnizar cualquiera clase de perjuicios que por cualquier concepto pudiera ocasionar á Figueroa la tenencia de la mina, desde la referida fecha, en que la predicha demandada debió recibirla; demanda que ésta contestó, solicitando se declarase que para colocarse Figueroa en condiciones de utilizar el derecho de dar por terminado el contrato de arrendamiento de la mina, era preciso que colocara dentro de ella la máquina de desagüe, construyendo las obras de su instalación y el pozo determinado en las cláusulas 2.ª y 3.ª de la escritura, ó bien que cediera, incorporándolo á la mencionada mina, el terreno ocupado por la máquina, su pozo y demás anejo existente en la titulada *San Quintín;* y seguido el pleito por todos sus trámites, é interpuesto por una y otra parte recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia de la Audiencia, esta Sala, en la suya de 13 de Enero de 1886, declaró no haber lugar al deducido por el Marqués de Villamejor, casando y anulando aquella sentencia á virtud del entablado por Doña Francisca Campoy; á la que se absolvió de la demanda de Figueroa, declarando que para que éste pudiera hacer valer el derecho de dar por terminado el contrato de arrendamiento y evitar los efectos de la restricción que se lo impedía, debía proveer á la mina *Blanca* del pozo para el desagüe á que se obligó, según las tres primeras condiciones de la escritura, ó autorizar en forma legal á Doña Francisca para disponer como propio del en que se instaló la máquina; en cuyo caso estaría obligada aquélla á dar por terminado el arriendo de la mina, y á hacerse cargo de ella en la forma y con las condiciones estipuladas en la escritura; consignándose entre los fundamentos de la casación: que al declarar la sentencia recurrida terminado el contrato de la mina *Blanca,* condenando á Doña Francisca Campoy á que se hiciera cargo de ella desde luego, infringió la ley del contrato, en consonancia con la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; porque si bien la cláusula 10 de la escritura autorizaba al arrendatario Figueroa para dar por terminado el arriendo en cualquier tiempo, continuaba sin embargo la restricción de colocar previamente, en todo caso, la máquina de desagüe estipulada en las tres primeras cláusulas, según las cuales, en su íntima relación con la décima, la máquina se había de colocar en la mina, esto es, dentro de su perímetro, siendo de cuenta de Figueroa los gastos de instalación y los de la construcción del pozo, y según la undécima habían de quedar á beneficio de Doña Francisca Campoy, caso de terminar el arriendo, las labores y fortificaciones subterráneas; pero habiéndose construído el pozo, é instalado la máquina fuera de la demarcación de la mina, era evidente que no se había cumplido el compromiso contraído por Figueroa en las citadas tres cláusulas, respecto al sitio de colocación de la máquina subterránea, subsistiendo la restricción que impedía dar por terminado desde luego el arrendamiento:

Resultando que en 15 de Julio del mismo año 1886 los Ingenieros de minas D. Pedro P. Uhagón y D. Guillermo López Bienert libraron dos certificaciones en que hacían constar que por encargo de Figueroa se habían constituído el 10 de Mayo de aquel año en la mina *Esperanza* con objeto de reconocer el terreno y demarcar un pozo que, situado sobre ella, alcanzara el nivel de las aguas y fuera susceptible al propio tiempo de recibir la instalación de una máquina de desagüe de 60 caballos, de común acuerdo designaron un sitio cerca de la línea de contacto de dicha mina con la de *San Quintín,* propia de Figueroa, en el cual se llevó á cabo la perforación, alcanzando el nivel de las aguas á la profundidad de 44 metros; y con presentación de esas certificaciones y por vía de ejecución de la referida sentencia de 13 de Enero de 1886, Figueroa en 23 de Julio del mismo año presentó al Juzgado que conoció de aquel pleito escrito pidiendo se hiciera

saber á Doña Francisca Campoy su voluntad de dar por terminado el arriendo de la mina *Esperanza* ó *Blanca*, por haberla provisto del pozo para desagüe ordenado por dicha sentencia, con lo cual debería tener por cumplido el aviso que exigía la estipulación décima de la escritura; requiriéndose á la vez á la Doña Francisca para que tuviera por terminado dicho contrato á los dos meses del aviso, y se hiciera cargo de la mina con las formalidades necesarias transcurrido aquel término, ó antes si quería, pretensiones á que accedió el Juzgado, cuya resolución confirmó la Audiencia; interponiendo Doña Francisca Campoy recurso de casación por infracción de ley, que tuvo éxito; declarando esta Sala en 15 de Febrero de 1888 no haber lugar á hacer saber á la Doña Francisca lo solicitado por Figueroa, pudiendo éste usar de los derechos de que se creyera asistido en el modo y forma que viese convenirle:

Resultando que, aparte de estas gestiones judiciales, el Ingeniero de minas de la Doña Francisca, D. Ginés Moncada, participó al de Figueroa D. Guillermo López Bienert, en carta de 14 de Junio de 1886, no ser aceptables las obras que se estaban haciendo en el pozo abierto en la mina *Blanca*, por tener mucha menos profundidad y resistencia que el de la de *San Quintín*, y contestada esta carta por López Bienert manifestando que el citado pozo reunía todas las condiciones que eran de desear, cruzadas entre ellos dos cartas más, en que insistieron en lo mismo, Doña Francisca Campoy, en otra de 22 de Julio de aquel año invitó á Figueroa á que concurriera al nombramiento de un tercer Ingeniero que resolviese la discordia habida entre aquellos dos, protestando de todos los daños y perjuicios que se le ocasionaban, y manifestando no admitiría, para ninguno de los efectos del contrato, las labores y trabajos tal cual se efectuaban, dirigiendo por su parte Figueroa á la Doña Francisca una de 29 del mismo mes de Julio, que la fué entregada, por medio de acta notarial, el 6 de Agosto siguiente, diciéndola haber provisto á la mina del pozo que exigía la sentencia de este Tribunal Supremo, y resuelto á terminar el arriendo, de lo que se tuviese por avisada para los efectos de la cláusula 10 de la escritura; manifestaciones en que insistió en otras dos cartas de 28 de Marzo y 24 de Abril de 1888, entregadas respectivamente á la repetida Doña Francisca, también por medio de actas notariales, en 1.º y 27 del último de los expresados meses; contestando ésta, como lo había hecho anteriormente, estar abierto y construído el pozo sin su intervención ni la de su Ingeniero, y no haberse cumplido la cláusula 9.ª de la escritura, sobre los trabajos para la explotación de la mina:

Resultando que el Juzgado de la Unión, en actuaciones de jurisdicción voluntaria promovidas por Figueroa, acordó que reconocieran la mina *Esperanza* el Director de ella D. Guillermo López Bienert, propuesto por aquél y D. Antonio Belmar y Luque, también Ingeniero de minas, designado en sorteo, quienes, habiéndolo efectuado, declararon el 2 de Julio de 1888 que todos aquellos criaderos de carbonatos de plomo eran demasiado pobres para poder atender con sus productos á los gastos de explotación, á los excesivos de desagüe, al pago de 40 por 100 á la propiedad, y á otros generales no menos indispensables, teniendo Figueroa que cerrar necesariamente las cuentas de aquella mina, en que había partes estériles muy extensas, con un déficit de consideración, y se podía sin duda calificar de ruinoso el negocio de su laboreo; haciéndose constar también en la declaración que el interventor puesto por Doña Francisca en la mina protestó del reconocimiento al ir á verificarlo, y no asistió á él:

Resultando que en 14 del mismo mes de Julio de 1888, D. Ignacio Figueroa presentó la demanda de autos, de que correspondió conocer al Juzgado de primera instancia del distrito del Sur de esta corte, solicitando se condenara á Doña Francisca Campoy á que, en virtud del aviso que la había

dado en la carta del 29 de Julio de 1886, entregada en 6 de Agosto siguiente, reiterado en otra que se le hizo saber en 1.º de Abril de 1888, tuviera por terminado el arriendo de la mina *Esperanza,* haciéndose cargo y entrega de ella inmediatamente, si no le conviniera dejarla abandonada; y que se la condenara asimismo al abono de los daños y perjuicios que la tenencia de la mina le hubiera ocasionado ó pudiera ocasionarle, desde el 6 de Octubre de 1886, en que la demandada debió hacerse cargo de su propiedad, hasta que la recibiera ó se abandonase; los cuales consistían en la diferencia que resultara entre los gastos de desagüe y explotación sufragados por Figueroa, y el importe de los productos que se hubiesen obtenido de la mina, en cuanto los primeros excedieran á los segundos, y en cualesquiera otros que sufriera por cualquier concepto, y que se fijarían y liquidarían en forma en la ejecución de la sentencia; para lo cual, con relación de antecedentes, expuso sustancialmente: que con arreglo á la ley del Contrato, y á la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, tenía el derecho, y la Doña Francisca la obligación, de dar por terminado el arriendo y hacerse cargo de la mina al cumplirse los dos meses del aviso dado en la carta que le fué entregada el 6 de Agosto de 1886, y cuando aquélla exculpara su resistencia por el estado de las actuaciones á que puso fin la sentencia de 15 de Febrero de 1888, nada podía justificar que dejara de cumplir tal obligación después de pasados dos meses de habérsele reiterado el aviso en la carta notificada de 1.º de Abril del citado año de 1888; que le favorecía también el principio jurídico de la cosa juzgada, porque si bien la cláusula 10 de la escritura establecía que para usar él de la facultad de dar por terminado el arriendo cuando quisiera, había de haber colocado previamente la máquina para desagüe, esta condición había sido debatida, y este Tribunal Supremo la había explicado, resolviendo que, para evitar tal restricción, bastaba que Figueroa proveyera á la mina del pozo para desagüe á que se obligó, según las tres primeras condiciones del contrato, y como en éstas sólo en la tercera se decía, con relación á las dos anteriores, que serían de su cuenta los gastos de construcción del pozo de máquina, era evidente que había cumplido lo mandado, construyendo á su costa un pozo con las condiciones necesarias para una máquina de 60 caballos en el sitio que había parecido más adecuado, á juicio, no de un Ingeniero del ramo, según decía la cláusula 1.ª, sino al de dos, á quienes también encomendó la construcción, pues ni la escritura ni la sentencia de este Supremo Tribunal prefijaban que la elección de dicho sitio se hubiese de hacer por un Ingeniero de nombramiento de Figueroa, y otro de designación de la Doña Francisca, ó un tercero elegido por estos dos, ni que el pozo se había de construir con las condiciones que la demandada deseara, sino únicamente que se construyera en el sitio que designase un Ingeniero, con tal que fuese en la mina, y sirviera para colocar una máquina de 60 caballos, y ambas cosas estaban cumplidas; sin ser aplicable al particular la cláusula 9.ª del contrato referente sólo á la dirección facultativa de los trabajos de laboreo y explotación; y como la sentencia de este Tribunal Supremo no ordenaba otra cosa, sino que se proveyera á la mina del pozo á que las tres primeras cláusulas de la escritura se referían, sería extender sus términos el pretender otras condiciones más onerosas para Figueroa; siendo regla de interpretación que, aun en el caso de duda, la obligación debe apreciarse en sentido restrictivo al obligado; y que al principio jurídico derivado especialmente de las leyes 5.ª, título 6.º, y 13 y 35, tít. 11, Partida 5.ª, de que el incumplimiento de las obligaciones de dar ó de hacer se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios, imponía á la Doña Francisca el deber de abonarle los que le causara la tenencia de la mina, puesto que aquélla no había cumplido la obligación de dar por terminado el contrato á los dos meses de ser reque-

rida para ello, ni la de hacerse cargo de la mina, en conformidad á lo estipulado en la cláusula décima de la escritura y á lo ordenado por la sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de Enero de 1886; porque otra cosa sería prevalerse de los recursos de la tramitación exigida por las leyes para aprovecharse de todos los beneficios y no participar de los daños con infracción del principio de moral y de derecho, consignado en la regla 17 del tít. 34 de la Partida 7.ª, debiendo basarse dichos perjuicios en los gastos de desagüe y explotación sufragados, y en el importe de los productos de la mina; y concluyó citando el art. 360 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª:

Resultando que Doña Francisca Campoy impugnó la demanda, haciendo también mérito de antecedentes, y alegando en cuanto á la primera pretensión de dicha demanda, ó sea á la terminación del arrendamiento, la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la escritura de 7 de Noviembre de 1872; pues con arreglo á sus tres primeras condiciones y á la décima, Figueroa no podía hacer uso de la facultad de dejar el arrendamiento sin ponerse previamente en condiciones para ello, ó sea sin construir en la mina *Blanca* un pozo que llenara las estipuladas, y no realizándolo en el que Figueroa quería apoyar su propósito de desahuciar la mina, y no habiendo querido concurrir al nombramiento de un tercer Ingeniero que orillase las dificultades surgidas sobre este punto, según disponía la cláusula 9.ª de la misma escritura, y demandaba, en todo caso, la razón, era necesario concluir que el demandante no estaba ahora en condiciones de evitar la restricción que le imponía la 10, como no lo estuvo tampoco la vez anterior, en que pretendió asimismo usar de dicha facultad; el respeto á la cosa juzgada en la sentencia de esta Sala de 13 de Enero de 1886, en que se declaró la inteligencia que debía darse á la escritura de arrendamiento, puesto que el demandante, desatendiendo el contrato, había desatendido también á lo ejecutoriamente resuelto sobre él; la ley 2.ª, tít. 33, Partida 7.ª, y la jurisprudencia de esta Sala, en conformidad con ella, de que cuando los contratos tuvieren dos interpretaciones, una de las cuales condujera á la nulidad y al absurdo, no era ésta admisible, pues sería absurdo y nulo un contrato bilateral y oneroso, en que se supusiera que una parte podía cumplir sin consultar más que su voluntad y su capricho las obligaciones contraídas, y no cabía entender la escritura de 7 de Noviembre de 1872 en el sentido que el demandante quería, esto es, en el de que había cumplido sus deberes presentando en la mina *Blanca* un pozo cualquiera de máquina, construído por él, ó por sus Ingenieros, sin intervención de la otra parte y sin las condiciones justas y necesarias para el objeto á que se había de destinar; y en cuanto á la indemnización de daños y perjuicios, salía al paso á Figueroa la santidad de lo juzgado en la sentencia de este Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1883, en la que quedó ejecutoriamente resuelto que el laboreo, explotación, pago de merced y demás extremos relacionados con el arrendamiento, se debían entender, según allí se consignó, con arreglo á la escritura; y de consiguiente, mientras el demandante continuara como continuaba, en el arriendo de la mina, no cabía seguir otras reglas que las trazadas por este Tribunal Supremo, y pues Figueroa tenía facultad de despedirse de la mina, y lejos de hacerlo así, siguió y seguía aprovechándose de ella y de su arrendamiento en la forma que estimaba conveniente, ni cabía admitir reglas distintas de las bilateralmente contraídas, ni podía haber culpa por parte de la demanda, ni había posibilidad de los perjuicios de que hablaba Figueroa, disponiendo la ley 20, tít. 8.º, Partida 5.ª, que la continuación en todo arrendamiento ha de ser en las mismas condiciones en que viniera efectuándose, y por lo tanto, hasta que Figueroa hiciera real y legítima dejación de la mina, no había más perjuicios indemnizables

que los que él ocasionaba y constantemente le reclamaba la demandada, ni habían de figurar en cualquiera liquidación más partidas que las de los que á ella le correspondía percibir y le negaba injustamente su arrendatario, y terminó citando también la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, agregando la misma parte de Doña Francisca Campoy, al duplicar, que el pozo construído por Figueroa en la mina *Blanca*, y en el cual pretendía fundar su facultad de dar por terminado el arrendamiento, no tenía para ningún efecto las condiciones exigidas de consuno en la escritura, en las ejecutorias y por la razón natural, según la cual, las cosas no son buenas sino sirven para aquello á que deben destinarse; y la cita de la ley 1.º, tít. 14, Partida 3.ª, que informa el principio de derecho de que no probando el actor, debe ser absuelto el demandado:

Resultando que recibidos á prueba los autos, entre otras diligencias practicadas á instancia de Figueroa, declararon los Ingenieros D. Pedro P. Uhagón y D. Guillermo López Bienert, reconociendo la certificación que libraron en 15 de Julio de 1886, y además dijeron: el primero, tener amistad, aunque no íntima, con Figueroa, de quien era empleado en las minas de Linares; y ser el pozo de la *Blanca* de menos profundidad y de diferentes condiciones que el de *San Quintín*, negando á repreguntas de la representación de Doña Francisca Campoy, haber sido Ingeniero del repetido Figueroa, y sí, como lo era, de varias minas ó empresas mineras, en que éste había tenido y tenía mayoría de acciones, en cuyo sentido debía entenderse el concepto análogo que emitió contestando á las generales de la ley; y el segundo, ó sea López Bienert, que con algunas intermitencias había sido Ingeniero de Figueroa, percibiendo en estos casos los sueldos ó emolumentos convenidos, y no tenía con él sino relaciones muy superficiales de buena sociedad; y en que el pozo de la *Blanca* tenía menos profundidad, diferente forma y diferentes dimensiones que el de *San Quintín*, donde estaba instalada la máquina de desagüe:

Resultando que á instancia de la demandada, á más de otras diligencias, se practicó un reconocimiento de la mina *Blanca* por el Juzgado de primera instancia de La Unión, con asistencia de los Ingenieros de minas D. Ricardo Guardiola y el mencionado López Bienert; designados el primero por la Doña Francisca y el segundo por Figuéroa, consignándose: que el pozo nuevo estaba situado en dicha mina á 13 metros de la línea Norte de la *San Quintín*, y á 35 al Este del llamado Mancomunado; que su profundidad era de 47 metros 65 centímetros, de ellos siete metros de agua; sin existir sobre él artefacto ni edificio de ninguna clase, y el desagüe podia alcanzar hasta la mayor profundidad del pozo, que era de 47 metros 65 centímetros; pero como había necesidad de dejar un recipiente para que las aguas fueran acumulándose á la caldera del mismo, teniendo en cuenta que estas aguas estaban siempre mezcladas con fangos que las hacían más densas, y que el tubo de aspiración no debía exceder de seis metros, era de suponer que con la profundidad de 44 metros, dejando un recipiente de tres y 65 centímetros, pudiera conseguirse un desagüe hasta dicha profundidad de los 44 metros, quedando, según ambas partes, otras labores á las cuales no podría alcanzar el beneficio del desagüe por hallarse próximamente 13 metros más profunda que el pozo; la representación de Figueroa pidió se hiciera constar que en dicho pozo podía instalarse una máquina de desagüe de la fuerza que se deseara; y por la de la Campoy, que no creía suficiente con tres metros 65 centímetros para recipiente de caldera en una máquina de 60 ó más caballos, puesto que era prescripción técnica, sabida por todos, que la caldera no debía ser inferior á ocho metros, máxime cuando en aquella sierra era costumbre dejar depósitos ó calderas de 10 metros con máquinas de 10 ó 12 caballos, con desagüe por cubas; y respecto á la fuerza de la máquina de que era susceptible el nuevo

pozo, creía que en vista de las condiciones y dimensiones del mismo, no era suficiente, sobre todo si se tenía en cuenta que el pozo de *San Quintín,* que se había ejercitado con objeto de suplir las condiciones del contrato, era muy superior al nuevo, y no excesivo para la máquina de 60 caballos que tenía instalada; también se hizo constar, por virtud de petición de Figueroa al proponer la prueba, que careciendo el pozo de la mina *Blanca* de máquina, no podía profundizarse más por la acumulación de aguas, exponiendo la representación de Doña Francisca Campoy que ignoraba si existía cantidad de agua suficiente á impedir la profundización del pozo, pero aun suponiendo afluyera en gran cantidad, como no había condición expresa respecto de que el pozo hubiera de abrirse con máquina ó sin ella, y sí sólo la de que fuera de desagüe para la mina *Blanca,* había debido dársele la profundidad necesaria para cumplir con esta condición, recurriendo á cuantos medios disponía el arte del minero, además de que si en dicho pozo se hubiera instalado la máquina de desagüe exigida en la primera condición del contrato, se hubiera alcanzado una profundidad mucho mayor, como había tenido efecto en *San Quintín* con las mismas cantidades de agua, según se deducía de su corta distancia; además pidió la parte de Figueroa se hiciera constar que no funcionando á la sazón la máquina de *San Quintín,* las minas colindantes *Santa Catalina, Valerosa, Primavera* y otras, como la *Blanca,* en primer término, se hallaban paradas por la subida de las aguas en más de 20 metros, y la máquina de *San Quintín* era de 85 caballos; y finalmente, por la otra parte se consignó que el desagüe practicado por la mina *San Quintín* nunca había alcanzado á desaguar las colindantes más allá del fondo en que en la actualidad se estaban explotando, sin ser esto óbice, no obstante, para haber podido profundizar el pozo de la *Blanca* hasta el fondo que tenía el de la *San Quintín,* que era de 80 metros:

Resultando que continuado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó, en 26 de Febrero de 1890, sentencia confirmatoria con las costas de la apelación, por la cual declaró que D. Ignacio Figueroa no había cumplido todas las condiciones fijadas en las cláusulas 1.ª, 2.ª y 3.ª del contrato de arrendamiento de la mina *Esperanza* ó *Blanca,* propia de Doña Francisca Campoy, para poder ejercitar el derecho que le concedía la cláusula 10 del mismo, quedando dueño de utilizarlo luego que aumente la profundidad del pozo de desagüe, para servir á este objeto á las labores más profundas de las efectuadas hasta hoy en dicha mina; y absolvió á Doña Francisca Campoy, tanto respecto al primer extremo de la demanda, como en cuanto á la indemnización de perjuicios, sin hacer expresa condena de costas de la primera instancia:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas interpuso D. Ignacio Figueroa recurso de casación, apoyado en los números 1.º, 5.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º Por infracción de la ley del contrato de arrendamiento de 7 de Noviembre de 1872, singularmente de las cláusulas 1.ª, 2.ª y 3.ª, en que la sentencia recurrida se apoya, y de la 10; y en consonancia con ellas la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en el concepto de que reconociéndose por la propia sentencia que Figueroa ha construído por su cuenta en la mina *Esperanza* un pozo que sirve para colocar y funcionar una máquina de 60 caballos para desagüe de la mina, como expresan las cláusulas 1.ª y 3.ª, única obligación que por ella se impuso para usar del derecho que le concede la cláusula 10, de dar por terminado el arrendamiento, según explica y dispone la sentencia de este Supremo Tribunal de 13 de Enero de 1886, la recurrida desconoce el expresado derecho y lo niega á Figueroa al absolver á Doña Francisca Campoy de la demanda,

exigiendo, para que pueda ésta prosperar, no el cumplimiento estricto de las obligaciones pactadas por Figueroa y explicadas por este Tribunal Supremo, sino una condición nueva no pactada en el contrato de arrendamiento, ley en la materia, ni aceptada ni impuesta en ninguna parte al recurrente, cual es que la propiedad del pozo ha de alcanzar al desagüe de las labores más profundas de la mina, sea cual fuere su profundidad:

2.º Por infracción también de la doctrina establecida en repetidas sentencias de este Tribunal Supremo, entre ellas las de 30 de Junio de 1863, 11 de Noviembre y 30 de Diciembre de 1864, 27 de Octubre de 1868, 17 de Abril y 5 de Julio de 1873 y 18 de Abril de 1874, según la cual «las obligaciones deben cumplirse estrictamente en los términos y forma en que se contrajeron, sin darles más extensión que la que las partes contratantes les dieron expresamente»; en el concepto de que al declarar la sentencia recurrida que Figueroa debe profundizar el pozo de desagüe hasta alcanzar á las labores más profundas de la mina, y absolver de la demanda á Doña Francisca Campoy, por no haberlo hecho así, extiende las obligaciones contraídas por el recurrente en la escritura ó contrato de arrendamiento, donde no se pactó tan onerosa condición, ni siquiera se indicó, ni menos se determinó la profundidad que había de darse al pozo, expresándose sólo que sería de su cuenta la construcción del mismo, *que había de servir para colocar* una máquina de 60 caballos para el desagüe de la mina, sin expresar ni convenir en que su profundidad había de ser tal que alcanzara á desaguar *precisamente* las labores *más profundas* de aquélla, siendo evidente que para exigir á Figueroa esta condición como necesaria para usar del derecho que se reservó por la cláusula 10, sería preciso que apareciera pactado expresamente en alguna parte del contrato, bastando en este caso que el pozo contribuya al desagüe y alcance por más abajo del nivel de las aguas, como reconoce probado la sentencia recurrida; pues otra cosa sería reconocer hoy un derecho á la Doña Francisca que no tuvo nunca:

3.º Porque infringe y contraría igualmente la sentencia recurrida la de este Tribunal Supremo de 13 de Enero de 1886, ó sea la doctrina legal que garantiza la inviolabilidad de la cosa juzgada; y en su consecuencia, la ley 19, tít. 22, Partida 3.ª, así como las doctrinas establecidas en esta materia en repetidas sentencias de casación, entre ellas las de 14 de Mayo de 1867 y 12 de Julio de 1881, puesto que la de que se trata extiende las obligaciones impuestas á Figueroa por la indicada de este Tribunal Supremo de 13 de Enero, á puntos no determinados por ella, contrariando las declaraciones hechas en favor de Figueroa, y exigiéndole obligaciones que no le han sido impuestas por la misma, que declara que aquél puede usar del derecho de dar por terminado el arrendamiento de la mina *Esperanza,* proveyendo á ésta del pozo á que se *obligó* por las tres primeras cláusulas de la escritura de 7 de Noviembre de 1872, ó cediendo á Doña Francisca Campoy el abierto en la de *San Quintín;* siendo evidente que ni en uno ni en otro caso determina la referida sentencia que la profundidad del pozo había de ser tal que alcanzase á las labores más profundas de la mina; en el primero, porque se refiere á las tres primeras cláusulas de la escritura, en ninguna de las cuales se determina semejante cosa; y en el segundo, porque la sentencia de este Tribunal Supremo no tuvo para nada en cuenta la profundidad del pozo *San Quintín*, que por cierto jamás alcanzó á desaguar todas las labores de la mina *Esperanza*, como consta por la diligencia de reconocimiento; bastándole saber que era un pozo suficiente á colocar y funcionar una máquina de desagüe de 60 caballos, y que contribuía al desagüe, que es lo único que exigía la escritura; y por tanto, al exigir la sentencia recurrida la condición indicada de profundidad, y absolver de la demanda por tal causa á la demandada, extiende las obligaciones impuestas á Figueroa por la de 13 de Enero de 1886 de este Supremo Tribunal,

agravando la condición del obligado, y contraría asimismo el espíritu de equidad á que obedeció la declaración contenida en dicha sentencia al relevar á Figueroa de la colocación de la máquina que exigía la cláusula 10 de la escritura, restringiendo esta obligación *á sólo la construcción* del pozo, á fin de que se cumpliera lo dispuesto en la cláusula 11, relativa al aprovechamiento por dicha demandada del pozo de máquina y obras subterráneas; y para profundizar el pozo, como la sentencia recurrida exige, sería absolutamente necesario, según se considera en la diligencia de reconocimiento y dicta el común sentido, por la acumulación de aguas, colocar la máquina, tubería y todos los inmensos gastos que representa, para luego levantarlo todo y llevárselo Figueroa; que es precisamente de lo que por un espíritu de equidad, compatible con la ley, le relevó al declarar que con *sólo proveer de pozo* á la mina, y sin necesidad de colocar la máquina, tendría derecho á dar por terminado el arriendo:

4.º Incurrir dicha sentencia recurrida, como consecuencia de lo alegado en los números anteriores, en el error de derecho y de hecho á que se refiere el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que al absolver á Doña Francisca Campoy de la demanda interpuesta por Don Ignacio Figueroa, desatiende el valor jurídico de las pruebas que la *misma sentencia reconoce* y que acreditan haberse provisto á la mina *Esperanza* del pozo ordenado por la de este Supremo Tribunal, apareciendo á la vez la evidente equivocación del juzgador, que desconoce los hechos que resultan de documentos ó actos auténticos á que se refieren los mismos resultandos y considerandos de la propia sentencia recurrida, y los cuales demuestran haber cumplido Figueroa con las condiciones 1.ª, 2.ª y 3.ª de la escritura de 7 de Noviembre de 1872:

Y 5.º En el supuesto sostenido por esta parte, de que Figueroa ha estado en su derecho al dar por terminado el arriendo, es evidente también que la sentencia de la Audiencia, al absolver á Doña Francisca Campoy de la indemnización de daños y perjuicios que su resistencia á recibir la mina haya ocasionado, infringe las leyes 5.ª, tít. 6.º, y 13 y 35, tít. 11, Part. 5.ª, de las cuales se deriva la doctrina legal de que el incumplimiento de las obligaciones se resuelve por la indemnización de daños y perjuicios; por cuanto si es cierto que Figueroa ha estado en su derecho al dar por terminado el arrendamiento, lo es igualmente que al resistir Doña Francisca Campoy este derecho y no hacerse cargo de la mina, ha faltado á la obligación que expresamente le impuso la sentencia de 13 de Enero de 1886, por lo cual debe indemnizarle los perjuicios, que han de ser graduados tomando por base los productos y gastos de dicha mina, que serán apreciados en la ejecución de la sentencia con arreglo á lo dispuesto en el art. 360 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin poderse alegar en contrario no haberse probado que haya perjuicios, puesto que está demostrado en autos, por dictamen pericial de Ingenieros de minas, hoy documentos auténticos, que los productos de la *Esperanza* no alcanzan á sufragar los gastos que ocasiona.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que la escritura de 7 de Noviembre de 1872 otorgada por Doña Francisca Campoy y D. Ignacio Figueroa acredita que aquélla dió á éste en arriendo la mina titulada *Esperanza* por tiempo indeterminado y bajo las demás condiciones que estimaron conducentes, y entre ellas la primera, ó sea que Figueroa se obligaba á colocar en la mina una máquina de vapor de fuerza de 60 á 100 caballos para el desagüe de la expresada mina; y por la diez, que cesaría el arriendo previo aviso de dos meses y colocándose antes la máquina para el desagüe:

Considerando que, bajo tal supuesto, no infringe la sentencia recurrida la ley del Contrato, ni la 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación,

ni la sentencia de 13 de Enero de 1886, ni las demás que se citan en los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, porque la Sala, al absolver á Doña Francisca Campoy de la demanda de D. Ignacio Figueroa y declarar que no estaba terminado el contrato, ajusta su fallo al texto claro de la escritura, al resultado de las pruebas de reconocimiento del terreno, y demás que demuestran, según la misma Sala, que la profundidad de la mina es mayor que la del pozo de desagüe, extremo éste principal causa del contrato, pues sin el desagüe no era posible la explotación de la mina:

Considerando que el juicio de la Sala no ha sido impugnado en los términos que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues ni se cita la infringida al apreciar la prueba, ni se concretan los documentos justificativos de la equivocación evidente del juzgador, existiendo el hecho indiscutible de que el pozo construído por el arrendatario es insuficiente para el desagüe:

Y considerando que no habiendo cumplido D. Ignacio Figueroa el contrato que celebró, no puede reclamar indemnización de perjuicios, y la Sala, al desestimarla, no infringe las leyes 5.ª, tít. 6.º, y 13 y 35, tít. 11, Partida 5.ª, citadas en el motivo 5.º, porque el recurrente hace supuesto de la cuestión, dando por ejecutado lo que no lo está;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ignacio Figueroa, Marqués de Villamejor, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—Sentencia publicada el 30 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Marzo del mismo año.)

34

Recurso de casación (30 de Enero de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de particiones.*—No ha lugar al interpuesto por D. Juan López en pleito con D. José González (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que no es de estimar la infracción de leyes que, si bien citadas en la demanda por el actor recurrente, no se invocan ni se aplican por la sentencia recurrida:

Que es inaplicable el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando no hay menores de edad que tengan interés como herederos ó legatarios de parte alícuota en las particiones practicadas por albaceas á quienes el testador invistió de las facultades más amplias, con prohibición absoluta de toda intervención de la Autoridad judicial y de las personas llamadas á la herencia en lo relativo á su testamento.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Enero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Lora del Río, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D. Juan López Delgado, Procurador de aquel Juzgado, como curador *ad litem* de los menores Francisco y Setefilla Pérez López, y Salvador Martínez Segovia y José Guerra Naranjo, como marido de Josefa Valera Monsalve, con D. José González Prieto García, D. Antonio Galludo Coronel y D. Antero Palomeque y de la Barrera, propietarios y vecinos de Lora del Río, en concepto de albaceas y testamentarios de D. Juan Quintanilla y Montoya, sobre nulidad de particiones, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante D. Juan López Delgado en el concepto en que litiga, y en su defensa y representación por el Licenciado Don

Luis María de Mesa y el Procurador D. José Nieto, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que D. Juan Quintanilla y Montoya falleció bajo testamento otorgado en Lora del Río en 3 de Diciembre de 1867, estableciendo en la cláusula 19, que para cumplir este testamento nombraba albaceas á D. Antonio Galludo Coronel, D. Antero Palomeque y de la Barrera y Don José Gonzalo Prieto y García, vecinos de aquella villa, á quienes en virtud de las instrucciones que les tenía comunicadas sobre la forma en que habían de distribuir sus bienes entre sus herederos, les confirió las más amplias facultades, prohibiendo expresamente la intervención de toda Autoridad judicial y de sus herederos, disponiendo en la 20 que si alguno de sus herederos ó legatarios se opusiere ó intentare limitar las facultades que tenía concedidas á sus albaceas, se entendería excluído y no llamado al goce de su parte, pues no podrían reclamar agravios ni pretender otra cosa que tomar la parte que sus expresados albaceas les diesen en la forma que les tenía comunicada, pues todo lo confiaba á su conciencia; y ordenando en la 22 que del remanente que quedase de sus bienes, derechos y acciones habidos y por haber, instituía y nombraba por sus únicos y universales herederos á los pobres de aquella villa, entendiéndose por tales aquellos que, á juicio de sus albaceas, y según las instrucciones que les tenían comunicadas, merecieran dicho nombre:

Resultando que los tres susodichos albaceas, con el fin de cumplir las disposiciones contenidas en dicho testamento, otorgaron escritura pública en 31 de Diciembre de 1878, describiendo todos los bienes que poseía el finado D. Juan Quintanilla con determinación de su respectivo valor; y en 22 de Septiembre del siguiente año hicieron constar en acta notarial el sorteo celebrado en dicho día en Lora del Río con asistencia del Alcalde, Juez de primera instancia y de un Cura párroco entre 377 individuos, cuyos nombres se expresaron, de varios lotes formados con bienes de la testamentaría, habiéndose realizado otros sorteos en la misma forma y entre otros numerosos grupos de interesados en los cuatro días siguientes:

Resultando que con diferentes documentos y después de haber obtenido el beneficio de pobreza para litigar, dedujeron demanda civil ordinaria en el Juzgado de Lora del Río en 25 de Enero de 1886, D. Juan López y Delgado en el concepto de curador *ad litem* de los menores Francisco y Setefilla Pérez López y Salvador Martínez Segovia y D. José Guerra Naranjo, como marido de Doña Josefa Valera Monsalve, solicitando se anulase la partición de bienes de D. Juan Quintanilla y Montoya, practicada por sus tres albaceas y protocolada en la Notaría de aquella villa que señalaban; y que la nueva partición del caudal de Quintanilla, que en su consecuencia hubiera de hacerse, se verificase con arreglo á derecho y entre los que identificasen su persona, acreditando ser al menos vecinos de aquel punto al fallecimiento del testador, estando comprendidos además en el acta de declaración de herederos de 22 de Septiembre de 1879, que acompañaban; y formulando otras diferentes pretensiones, que no son del caso, alegando entre otros hechos y consideraciones para fundar la nulidad pedida, que la partición de los bienes de Quintanilla había sido practicada por solo sus albaceas, sin intervención de los menores demandantes y demás coherederos, y sin llevarse á la aprobación judicial, de que no podía prescindirse, á pesar de que aquéllos estuvieran autorizados por el testador para obrar extrajudicialmente; é invocando entre los fundamentos de derecho la ley 20, tít. 12 de la Partida 5.ª, y el art. 1049 de la de Enjuiciamiento civil:

Resultando que los tres albaceas demandados impugnaron la demanda pidiendo se les absolviera de ella con imposición á los demandantes de perpetuo silencio y costas, diciendo al efecto, y en cuanto es esencial que

habían obrado dentro del circulo de sus atribuciones y no tenían que dar cuenta de sus actos á ninguno de los pobres á quienes por designación de ellos mismos se había distribuído el caudal relicto; que los pobres no eran herederos en el sentido legal de la palabra, y carecían de acción para molestar á los albaceas, siendo innecesaria la concurrencia de aquéllos en las particiones, y no requiriéndose tampoco la aprobación judicial, pues era preciso que los demandantes redujeran y rebajaran sus pretendidos derechos á la humilde condición en que el testador les colocó; y que partiendo los demandantes de un derecho que no tenían, se habían lanzado á criticar los actos de los albaceas, sin tener en cuenta la sanción penal contenida en el mismo testamento, por lo que rechazando la intención con que se les dirigían los cargos que contenía la demanda, se limitaban á oponer á ésta la excepeión perentoria *sine actione agis:*

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites de ley y en dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla sentencia confirmatoria en 13 de Marzo próximo pasado, absolviendo de la demanda á los tres albaceas de D. Juan Quintanilla, y condenando á los demandantes á perpetuo silencio y pago de las costas de ambas instancias:

Resultando que D. Juan López Delgado, como curador *ad litem* de los indicados menores, interpuso recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1.º La ley 20, tít. 12, Partida 5.ª, por indebida aplicación:

Y 2.º El art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto se ha prescindido de la aprobación judicial de las particiones, que es necesaria, según el citado artículo, aun en caso como el presente en que los albaceas estén nombrados por el testador.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que es improcedente el motivo 1.º del recurso por la ley 20, tít. 12, Partida 5.ª, que habla *de la cosa que uno manda facer á otro á pro de sí mismo,* si bien fué citada en la demanda, no se invoca ni aplica en la sentencia recurrida, la cual, entre otros fundamentos, se apoya en que los recurrentes carecen de todo derecho y acción para entablar la reclamación por ellos formulada:

Considerando que es improcedente asimismo el segundo motivo, pues no había menores de edad que tuvieran interés como herederos ó legatarios de parte alicuota en las particiones practicadas por los albaceas á quienes el testador invistió de las facultades más amplias, con prohibición absoluta de toda intervención de la Autoridad judicial y de las personas llamadas á la herencia en lo relativo á su testamento;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan López Delgado, como curador *ad litem* de los menores de edad D. Francisco y Doña Setefilla Pérez y López y otros, á quien condenamos en las costas y á la cantidad que por razón de depósito debió constituir, si vinieren aquéllos á mejor fortuna, que se distribuirá entonces con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 30 de Enero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

35

RECURSO DE CASACIÓN (3 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por la razón social Aguilera Hermanos, en pleito con D. Ignacio Font (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que como con repetición ha dicho el Tribunal Supremo, contra los errores de doctrina ó inexactitudes en la cita de leyes que se cometan en la parte expositiva de la sentencia, no puede entablarse útilmente el recurso de casación por infracción de ley.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Mar de Valencia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Ignacio Font y Vilaseca, vecino y del comercio de Barcelona, representado por el Procurador D. Luis de Figuerola, y defendido por el Letrado D. Ricardo Ventosa, con la razón social Aguilera Hermanos, del comercio de Valencia, y en su nombre el Procurador D. Luis Soto, bajo la dirección en el acto de la vista del Licenciado D. Manuel Gómez de Cádiz, sobre pago de pesetas:

Resultando que después de haber obtenido y llevádose á efecto el embargo preventivo de bienes de la razón social Aguilera Hermanos, del comercio de Valencia, á instancia de D. Ignacio Font Vilaseca, del comercio de Barcelona, en cantidad suficiente á cubrir la suma de 947 pesetas 62 céntimos, parte de otra mayor que adeudaban, y de haberse absuelto por D. Ramón y D. Joaquín Aguilera ciertas posiciones dirigidas á preparar la vía ejecutiva, dedujo D. Ignacio Font Vilaseca en 22 de Febrero de 1887 la demanda ordinaria objeto de estos autos, exponiendo: que Aguilera Hermanos habían comprado al fiado en distintas fechas del almacen de géneros que para la venta al por mayor tenía en Barcelona el demandante, los que habían necesitado para surtir su comercio, y que en forma de facturas que determinaban sus fechas y valores, se relacionaba en el extracto de cuentas que corría unido á las diligencias preparatorias que había promovido; que de dicho extracto aparecia un saldo contra Aguilera Hermanos de 16.539 pesetas 98 céntimos; pero como quiera que según el contrato que tenían celebrado se estipuló el plazo de noventa días para el pago de cada factura de los géneros vendidos, las facturas hasta esta fecha vencidas eran todas las relacionadas en el extracto, excepto las tres últimas importantes 2.174 pesetas, que por no ser vencidas debían descartarse de la cifra motivo de aquella reclamación, sin perjuicio de irlas demandando en la forma procedente, siendo por lo tanto la cantidad vencida la de 14.365 pesetas 98 céntimos, hallándose el extracto acompañado conforme y arreglado á los libros de contabilidad del demandante, siendo una copia fiel y exacta de la cuenta corriente que en los mismos tenía abierta á Aguilera Hermanos; que el plazo estipulado para satisfacer el importe de los géneros, se fijó, por convención celebrada entre ambas partes, en noventa días, contados desde la fecha de cada factura; que no obstante haber transcurrido con exceso el plazo dicho, no habían satisfecho ninguna de las facturas de los géneros comprados; que la primera de las cantidades que figuraban en el *haber* del extracto contenía un giro del demandante á cargo de sus deudores, y que por no haberlo satisfecho, lo sentó en el *debe* de la cuenta aumentado con los gastos que produjo la falta de pago del giro; y que la segunda partida relataba la devolución de los géneros de la factura que en el *debe* ó cargo llevaba de 11 de Diciembre, habiéndose tenido ambos hechos en consideración, y computado las cantidades que importaban para fijar con exactitud la deuda líquida exigible en aquella fecha, que ascendía á la expresada cantidad; y haciendo uso de la acción personal, pidió se condenara á Aguilera Hermanos á pagar al demandante la suma de 14.365 pesetas 98 céntimos que le adeudaba por el concepto expresado, con los intereses legales á razón del 6 por 100 anual desde el día en que empezó la mora en el pago y hasta el en que solven-

taran esta deuda, y costas causadas hasta su total y efectivo pago, y á reserva de reclamar el importe de las demás facturas, cuyo plazo no había vencido en aquella fecha en la forma y por el procedimiento que entendiera procedente:

Resultando que ratificado el embargo preventivo, contestaron Aguilera Hermanos á la demanda, alegando que habían comprado géneros en diferentes ocasiones de la casa de comercio de D. José Font Bisbal, en el día D. Ignacio Font, los cuales habiánse pagado siempre á los cinco meses de la factura, según convenio que se hizo con aquél, respetado y continuado por éste desde que se hizo cargo del establecimiento; que en demostración de este hecho acompañaba el complemento de la cuenta corriente presentada por el demandante, que éste empezaba donde le convenía, dejando de incluir giros que estaban hechos y pagados dentro del mismo período de tiempo que abrazaba su cuenta; que constantemente habían venido los demandados pagando los géneros comprados á los seis y siete meses, fecha de la factura, no habiéndose incoado ni modificado aquel contrato hasta la fecha, faltando á su cumplimiento el demandante; que al realizar el embargo la parte actora, falseó los hechos en que fundó su pretensión, y como á una casa que viva del crédito le perjudicaba de una manera notable cualquiera operación que demostrara que aquél no era tan firme como se le creía, tal embargo podía causar la ruina de los demandados; que nunca habían dejado de cumplir para con la casa Font las obligaciones que legítimamente contrajeron, atendiendo siempre los giros cuando éstos habían sido hechos con las condiciones pactadas; que suponiendo que el extracto de la cuenta presentada por el actor fuera cierto en todas sus partes, no tendría Font derecho para exigir el saldo que reclamaba en la fecha del mismo, pues fechado éste en 4 de Enero de 1877, sólo se adeudaban entonces las facturas de Mayo que debieron haberse hecho efectivas en Noviembre, y las de Junio que debieron pagarse en Diciembre, estando por vencer todas las demás, de modo que al interponer la demanda resultaba un líquido á deber de 2.705 pesetas 16 céntimos; y citando como fundamento de derecho las leyes que se refieren á los casos en que se incurre en plus petición, y á la pena en que por ello se hace acreedor el que la comete, y las que disponen que al demandante incumbe la prueba de su acción, debiendo, de no probarlo, darse por quito al demandado y deduciendo reconvención para la nulidad del embargo preventivo origen de la demanda, y por la indemnización de los daños y perjuicios que estimaban en una suma superior á 1.500 pesetas, terminaron pidiendo se les absolviera de la demanda, declarando nulo el embargo preventivo y condenando al demandante por reconvención al pago de los daños y perjuicios ocasionados y al de las costas:

Resultando que el demandante replicó negando por inexactos los hechos consignados en la contestación, reproduciendo los de la demanda, á excepción del segundo, relativo al saldo del extracto de cuentas, por ascender éste á la cantidad de 15.011 pesetas 37 céntimos; que con anterioridad al embargo preventivo, habían sufrido Aguilera Hermanos otros dos embargos, y carecían de crédito hasta el extremo de no poder encontrar entre sus amigos quien les prestase una suma de 1.975 pesetas, como lo acreditaba la carta presentada al solicitar aquél, adeudando del plazo vencido al demandante una cantidad muy superior á la de 947 pesetas 62 céntimos, para cuya garantía se solicitó y obtuvo el embargo; que los hermanos Aguilera habían pagado el importe de las facturas de los géneros vendidos, unas veces antes de los cuatro meses de su fecha, y otras con intervalos más largos, pero nunca de una manera uniformemente periódica, sino en las épocas en que tenía á bien girar el vendedor, y después de la muerte de éste, el liquidador de su casa, quienes transcurrido el plazo de tres

meses, que era el convenido, giraban cuando lo tenían por conveniente, armonizando la deferencia que querían tener á los compradores con sus propios intereses y necesidades:

Resultando que los hermanos demandados reprodujeron en la dúplica su escrito de contestación, y recibido el juicio á prueba, practicada la que las partes propusieron, y sustanciado en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó en 11 de Julio de 1889 sentencia confirmatoria con las costas, declarando haber lugar á la demanda y no haber lugar á la reconvención, condenando en su consecuencia á los demandados Aguilera Hermanos, á pagar dentro de nueve días, á D. Ignacio Font Vilaseca, la cantidad de 15.011 pesetas 37 céntimos que éste le reclamaba en su demanda y réplica, con los intereses legales de 6 por 100 ánuo, devengados desde las fechas respectivas del vencimiento en que los acreedores se constituyeron en mora, y costas del juicio; absolviendo expresamente de la reconvención al demandante D. Ignacio Font Vilaseca, que formularon los demandados en su contestación, y reservando al primero todos sus derechos para reclamar en la vía correspondiente las cantidades de su cuenta, vencidas con posterioridad á la presentación de su demanda:

Resultando que la razón social Aguilera Hermanos ha interpuesto recurso de casación fundado en cinco conceptos ó motivos, en el tercero de los cuales, único admitido por la Sala tercera de este Supremo Tribunal, se dice: que se ha infringido la doctrina contenida en sentencia de este Supremo Tribunal de 7 de Octubre de 1862, y otras, según la cual el criterio legal no puede apoyarse para la interpretación de un contrato en el perjuicio ó beneficio que pueda resultar á uno de los contrayentes, si se entiende de cierto modo, y siendo así que la sentencia, en el cuarto considerando, decidía y resolvía la cuestión del plazo de un modo que decía ser más beneficioso para el deudor, luego había incurrido en manifiesta infracción de la doctrina legal apuntada, que proclamaba precisamente todo lo contrario.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la doctrina que se cita en el único motivo por el cual ha sido admitido este recurso, porque aquí carece de aplicación la doctrina que como infringida se invoca, y que consiste en afirmar que el criterio legal para la interpretación de un contrato, no puede apoyarse en la deleznable base de los perjuicios ó beneficios que la convención reparte á las partes:

Considerando, además, que no podría prosperar este recurso aun en la hipótesis de que hubiera en el fundamento cuarto de la sentencia reclamada el error de doctrina que se supone, porque, como con repetición ha dicho este Tribunal Supremo, contra los errores de doctrina ó inexactitudes en la cita de leyes que se cometan en la parte expositiva de las sentencias, no puede entablarse útilmente el recurso de casación por infracción de ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la razón social Aguilera Hermanos, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 3 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 del mismo mes y año.)

36

Recurso de casación (4 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Entrega de legado y petición de herencia.*—No ha lugar al interpuesto por Don Andrés Camana en pleito con Doña Antonia de Hiraburu (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que no infringe las leyes 1.ª, 3.ª y 34, tít. 9.º, Partida 6.ª, y se ajusta á esta última la sentencia que desestima una demanda sobre reclamación de legado pendiente de una condición lícita, precisa y no cumplida:

Que no es lícito aislar las frases empleadas por el testador del resto de las cláusulas que integran y mucho menos del conjunto del testamento; y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Calahorra y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por D. Andrés Camana Rossi, propietario y vecino de Soria, como heredero de Doña María Sorret é Hiraburu, representado por el Procurador D. Angel Calvo, y defendido en el acto de la vista por el Letrado D. Gregorio Campuzano con Doña Antonia de Hiraburu Celhay, viuda, vecina de Bayona (Francia), y en su nombre el Procurador D. Fidel Serrano, bajo la dirección del Licenciado D. Agustín Soto, sobre entrega de un legado y petición de herencia:

Resultando que D. Juan Pedro Hiraburu de Celhay otorgó testamento en la ciudad de Calahorra, de donde era vecino, en 9 de Mayo de 1869, en el que declaró que de su matrimonio con Doña María Lestán no tenía sucesión, no teniendo tampoco ascendentes; que al contraer matrimonio su sobrina Doña María Puyol, hija de D. Juan Pedro y Doña Antonia Hiraburu, la mandaron el otorgante y su esposa 100.000 reales, que había de recibir, ocurrido el fallecimiento de ambos cónyuges, la mitad de cada uno de ellos; que de sus bienes se dieran 5.000 escudos á uno ó más sobrinos de su esposa Doña María Lestán, la cual elegiría las personas de aquéllos y la cantidad, teniendo efecto dicha manda antes ó después de la muerte de Doña María Lastán, á voluntad de ésta; que declaraba tener en su compañía á la señorita Doña María Sorret, y como remuneración y prueba de gratitud á los cuidados y solicitud con que la atendía, la mandaba por vía de legado, en pleno dominio, 10.000 escudos ó 500 de renta anual, graduado aquel capital al 5 por 100, que recibiría anualmente, ó aquellos 100.000 reales á elección de su esposa Doña María Lestán cuando Doña María Sorret se separase de la compañía de aquélla ó contrajera matrimonio, siempre que éste, ó la separación, si la intentase en estado de soltera, se ejecutara con el conocimiento de la misma Doña María Lestán y de Doña Antonia Hiraburu, hermana del otorgante. Si no se verificaba, ni la separación en el consorcio durante la vida de la esposa del testador, ó verificada una ú otra, ésta sólo diese á Doña María Sorret los 500 escudos anuales por vía de interés al citado capital, éste le percibiría íntegro al fallecimiento de Doña María Lestán; que también mandaba por vía de legado á la referida Doña María Sorret, realizados su separación ó casamiento en los términos que se decían en la cláusula anterior, el usufructo del primer piso de la casa que poseía en la calle Grande, usufructo que cesaría al fallecimiento de Doña María Lestán. Nombró á ésta heredera usufructuaria de todos sus bienes que quedaren, cumplido cuanto consignaba en las precedentes cláusulas, que deberían tener efecto en la forma y tér-

minos que iban expresados, según los casos; que era su voluntad que, fallecida su esposa y cumplido lo dispuesto en las cláusulas anteriores, su herencia la recibiera su hermana Doña Antonia Hiraburu, con la obligación de hacer de los bienes dos partes iguales y entregar una á la mencionada Doña María Sorret ó sus descendientes, y la otra á los hijos de la misma Doña Antonia Hiraburu ó á quienes le sucedieran, siendo su voluntad que al hacer la división en dos partes, se incluyeran en ella tanto los 10.000 escudos legados á Doña María Sorret, si ya los hubiere recibido, como lo suma igual mandada á Doña María Puyol al tiempo de su casamiento, con objeto de que no sufrieran perjuicio alguno entre sí los hijos de Doña Antonia; que si ésta muriese antes que la esposa del otorgante, la herencia de éste quería se dividiera en la propia forma que se consignaba en el párrafo anterior; es decir, fallecida Doña María Lestán se partiría entre Doña María Sorret ó sus descendientes legítimos y los de Doña Antonia Hiraburu, conforme quedaba consignado; que también era su voluntad que si Doña María Sorret falleciese sin sucesión legítima, volvieran los bienes que hubiese recibido por aquel testamento á la herencia del otorgante, la citada Doña Antonia, ó á los hijos y sucesores de ésta si ya hubiese muerto, exceptuándose de esta condición los 10.000 escudos de la cláusula novena de que Doña María Sorret podía disponer libremente, si ya los hubiese recibido, antes de la muerte de Doña María Lestán. Y por último, y para cumplir cuanto dejaba dispuesto, nombró albaceas testamentarios, con el cargo de contadores y partidores y recomendación especial de que verificasen la división de una manera extrajudicial:

Resultando que D. Pedro Hiraburu falleció en 20 de dicho mes de Mayo de 1869, y habiéndose procedido extrajudicialmente á la partición de sus bienes, se consignaron entre otros supuestos, que á Doña María Sorret no se les entregaban en muebles ni en metálico los 5.000 duros legados por D. Pedro Hiraburu, porque los recibiría al fallecimiento de la viuda, usando ésta de la facultad que le concedía el testador, y por consiguiente, entretanto satisfaría los 5.000 reales anuales por vía de intereses, como disponía el testador; que importando el caudal inventariado 678.799 reales, deducidos 100.000 reales aportados por el difunto, más 149.199 reales que había que adjudicar á la viuda para hacer completo pago de su haber dotal, que con el valor de las fincas existentes de su propiedad hacían los 200.000 reales aportados por la misma á su matrimonio; y hecha igual deducción de los 25.000 reales que la correspondían por vía de arras quedaban como gananciales los 429.576 reales, de los que correspondían 214.788 á los herederos del finado Celhay, é igual cantidad á su viuda Doña María Lestán, que con 211 reales más que importaba lo adjudicado en pago de lo aportado por Celhay, hacían un total igual á lo inventariado, haciéndose á continuación las adjudicaciones correspondientes con arreglo á estas bases á D. Antonio Hiraburu Celhay de Puyol y á Doña María Sorret é Hiraburu, con los bienes de que se hizo mérito y de que sería usufructuaria Doña María Lestán:

Resultando que por escritura de 31 de Mayo de 1877 Doña María Lestán y Marcilla, D. Diego Ugarte y Sande, como apoderado de Doña Antonia Hiraburu de Celhay y de Puyol, y D. José Ugarte y Ugarte, en nombre de D. Andrés Camana y Rossé, como marido de Doña María Sorret é Hiraburu, con la cual contrajo matrimonio canónico en 8 de Octubre de 1870 y civil en 2 de Febrero de 1871, aprobaron la partición practicada, declarando su completa conformidad con ella, y que por consiguiente Doña María Lestán entraría desde luego en el pleno goce y ejercicio de todos los derechos de pleno dominio sobre los bienes que le habían adjudicado como propios, y en el usufructo de los pertenecientes á los herederos de su difunto esposo, según unos y otros se determinaban en la partición:

Resultando que D. Andrés Camana Rossé y Doña María Sorret é Hiraburu, dedujeron en 31 de Mayo de 1887 la demanda objeto de estos autos, en la que consignaron como hechos las disposiciones testamentarias de D. Juan Pedro Hiraburu y la partición que de sus bienes se había practicado, á los que añadieron que desde el fallecimiento de Doña María Lestán, ocurrido en 25 de Noviembre de 1884, continuaba Doña Antonia Hiraburu representada por su hijo D. Pablo Puyol, aprovechándose de productos y rentas y disponiendo de ellos como cosa exclusivamente propia, á causa de su distinto modo de traducir la voluntad de su hermano; y como fundamentos de derecho, que la posesión de una herencia no bastaba para reputarse dueño de los bienes en que consistiera, no adquiriéndose por los partícipes el verdadero dominio hasta que se realizaba la división y adjudicación de los mismos; que la cualidad constitutiva del dominio dependía de la facultad de disponer libremente de las cosas, y para hacerlo de los legados de género, se hacía necesario que fueran entregados; en cuyos principios se inspira el testador para consignar que los 10.000 escudos que legaba en pleno dominio á Doña María Sorret, si no le eran entregados durante los días de Doña María Lestán y sí sólo el interés de aquel capital al 5 por 100, sin recibirlo no podría disponer, caso de morir; y á contrario *sensu* se entendía que no habiendo muerto, no sólo debía recibirlos sino que podía disponer por ser manda de aquella clase; que las palabras del testador debían entenderse llanamente y como suenan, salvo cuando pareciese ciertamente que la voluntad del facedor del testamento fuera otra, requisitos los primeros que notoriamente se evidenciaban en la cláusula 9.ª del testamento, no pudiendo ser estimados los segundos en el caso actual, y del relacionado en las cláusulas 12 y 13, no solamente no se modificó, sino que se exceptuaban de la conversión á la familia del difunto los 10.000 escudos, hasta en el caso de haber sido entregados durante la vida de Doña María Lestán, sin cuya entrega era notorio que la Sorret no podía disponer, por tratarse de un legado genérico; de todo lo que se infería la necesidad de hacerlo hoy por haber sobrevivido ésta á la primera, y no tenerse como condición necesaria la existencia de sucesores legítimos, y sí únicamente la declaración ó entrega que debía hacerse, bien voluntariamente por Doña María Lestán, bien por disposición del testador, con caracter obligatorio después de sus días; que por la regla 17 del derecho, ninguno debe enriquecerse torticeramente en daño de otro, como sucedería con los demandados, no sólo al cambiar la naturaleza de la suma legada, sino también al dejar de abonar á esta parte lo mismo los frutos y rentas producidos ó podidos producir por los bienes de que era heredera; que el capital y los intereses al 5 por 100 de los 10.000 escudos desde la muerte de Doña María Lestán, y haciendo uso de las acciones mixta, por el concepto de herencia, y personal, por lo que se refería al legado, pidieron se condenase á Doña Antonia Hiraburu, en el sentido de declarar que Doña Antonia Sorret tenía derecho á percibir en propiedad ó pleno dominio 10.000 escudos en metálico en concepto de legado relicto por D. Pedro Hiraburu, con el interés de 5 por 100 desde la muerte de su viuda, y el resto hasta la mitad de los bienes indicados en propiedad también á menos que no dejase descendientes, con las rentas producidas y debidas producir durante el mismo tiempo, hecha deducción de las cargas, viniendo en su virtud obligados á la entrega, que de otra suerte haría el Tribunal con arreglo á derecho, y costas:

Resultando que contestando á la demanda Doña Antonia Hiraburu, expuso que no tenía personalidad para comparecer en juicio el marido que se atribuía y ejercitaba derechos peculiares suyos, y sin embargo, ni existían tales derechos á su favor ni tenía acción alguna propia para ello, procediendo alegar entonces la excepción *sine actione agis*; que la mujer ca-

sada no podía por sí misma comparecer en juicio como el presente, sino que había de ser representada por su esposo; que los testamentos se habían de interpretar lisa y llanamente, conforme al genuino y natural significado de sus palabras, de donde se infería que toda frase que apareciera precedida de conjunción condicional había de entenderse condicionalmente, por cuanto los conceptos condicionados ó dependientes de que se realice ó no un suceso futuro, se expresan gramatical y literalmente por frases y oraciones condicionales también, ó sea acompañadas de la conjunción *si* ó de alguna otra análoga; y como el testador Hiraburu ordenó que los bienes que Doña María Sorret recibiera por virtud de su testamento habían de volver á los hijos de Doña Antonia, si aquélla falleciese sin hijos, era visto que esta cláusula era condicional y había de entenderse sencillamente como tal condición expresa, y del mismo modo se ordenó por el testador que se exceptuase de esta cláusula restitutoria el legado de la Sorret, si los hubiese recibido en vida de Doña María Lestán, frases evidentemente condicionadas por la conjunción gramatical referida; pero como la Sorret no recibió el legado en vida de la viuda Doña María, no estaba exceptuado de la cláusula precedente por ser ese el genuino significado y la interpretación natural de dichas oraciones condicionales; que cuando las cláusulas de un testamento parecieran de algún modo opuestas entre sí, era regla de crítica racional en materia de testamentos que había de prevalecer la última, porque ésta era la última voluntad verdaderamente del testador, su último pensamiento y su última atención, porque de otro modo se podría venir á parar al absurdo de que la última voluntad del testador estaba derogada por otra cláusula anterior ó precedente, contra la razón que enseña que lo posterior deroga á lo anterior, y mucho más debía estimarse así, cuando del contexto y de las palabras explícitas y terminantes del testador así se deducía; y como la última cláusula del testamento de Hiraburu era categórica, expresiva y terminante al decir que los bienes que pudiera recibir la Sorret volvieran á los hijos de Doña Antonia si aquélla falleciese sin sucesión, esta cláusula era la que había de prevalecer sobre las anteriores relativas á la Sorret, y había de tomarse como fundamento supremo para la división de los bienes en cuanto se refería á la misma demanda; que por lo que hacía á la herencia que debía percibir por mitad, estaba evidente la eficacia de dicha cláusula 13, y así lo reconocía la parte demandante, y por lo que se refería al legado, tenía que estarlo también, porque en la misma cláusula se expresaba que sólo sería exceptuado de la reversión en el caso concreto de que Doña María Lestán hubiese entregado el capital á la legataria Sorret, y no habiéndolo entregado, era visto que también el legado estaba sujeto á la condición restitutoria impuesta por el mismo testador en dicha cláusula; que eran válidas y eficaces las instituciones de herederos y los legados sujetos á condiciones lícitas, cual era la del caso presente; que asimismo tenía resuelto este Supremo Tribunal que la sustitución hecha en favor de una persona para cuando otra muera sin hijos es condicional, porque depende del acontecimiento futuro é incierto de tener ó no sucesión la persona en primer lugar favorecida; que no podía disponer libremente de bienes sujetos á condición restitutoria, porque el pleno dominio dependía de que se cumpliera ó no la condición impuesta; que los bienes que resultasen gravados por condición restitutoria serían inscritos con ese carácter en el Registro de la propiedad, según resolución de 22 de Febrero de 1864, en la que expresamente estaba previsto este caso, añadiendo que no podían ser perjudicados los derechos de las personas llamadas á la sustitución si la persona que poseía los bienes gravados con tal condición llegase á fallecer sin hijos; sin que pudiera alegarse la doctrina de que, aceptada ó cedida la herencia cesaba la sustitución, puesto que se había resuelto lo contrario por sen-

tencia de este Supremo Tribunal de 24 de Diciembre de 1866; que si los bienes inmuebles condicionados habían de inscribirse con esta cualidad, para evitar perjuicios á los sustitutos respecto á los muebles, era necesario una garantía que los asegurase para evitar su desaparición; y como para ello existía el medio de prestar fianza, lo mismo que sucedía en los casos del usufructo, íntimamente relacionados con esta en cuestión, era evidente que debía prestarla la Sorret; que todo heredero fiduciario podía retener para sí la cuarta parte de los bienes que le habian de ser entregados al fideicomisario, cuarta, llamada treveliánica, reconocida por la ley de Partida; y haciendo uso de las excepciones dilatorias de falta de personalidad en la parte demandante y en la demandada, y las perentorias de que nadie puede ser obligado á lo que no puede exigírsele, ni á más de lo que por razón del cargo que ejerza deba cumplir; proponiendo también reconvención en la forma procedente y á reserva de cualquiera acción que pudiera corresponderla contra los demandantes ó contra la testamentaría de D. Pedro Hiraburu, pidió que se la absolviese de la demanda, no sólo por su intrínseca injusticia, cuanto por haber lugar á las excepciones dilatorias expresadas; que se declarase que el legado de Doña María Sorret era condicional y se hallaba sujeto á reversión si falleciese sin hijos, y que debía adjudicarse en bienes que ella tenía aceptados; y que las bases adoptadas por Doña Antonia para la confección de la testamentaría, estaban estrictamente ajustadas en el testamento de Hiraburu y supuestos pactados y aprobados por Doña María Sorret; haber los bienes que por tal concepto pertenecían á dicha Sorret, con arreglo á dichas bases, por puestos á disposición de aquélla, para lo cual, hasta si era necesario, ofrecía la fianza que fuese suficiente, ya que no podía ser consignado el capital por consistir en bienes inmuebles su máxima parte; declarar que Doña Antonia tenía derecho, como heredera fiduciaria á la cuarta treveliánica; obligar á los demandantes á liquidar las cuentas de la administración desempeñada por Doña Antonia, y á otorgar los documentos que fueran necesarios y procedentes, é imponer todas las costas á la parte demandante:

Resultando que los demandantes replicaron reproduciendo su demanda é impugnando la reconvención, aclarando que D. Andrés Camana comparecía en calidad de legítimo representante de su esposa Doña María Sorret, y ésta con su licencia, por derecho propio, en cuyo sentido lo había verificado antes y lo verificaría siempre en este pleito:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, habiéndose personado en la segunda por fallecimiento de Doña Maria Sorret ocurrido en 20 de Julio de 1889, su esposo D. Andrés Camana en concepto de heredero de la misma, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos dictó en 14 de Febrero de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, desestimando las excepciones dilatorias aducidas por la parte demandada; y desestimando la demanda en cuanto se refería á la entrega de la mitad de los bienes y rendiciones de cuentas, se condena á la demandada Doña Antonia Hiraburu á poner á disposición de la demandante Doña María Sorret, y hoy de su viudo y heredero D. Andrés Camana, la mitad de dichos bienes, entendiéndose los dejados por D. Pedro Hiraburu con las cuentas y productos de su administración, sin que aquel fallo tuviera otro alcance y extensión que á las partes litigantes, sin alcanzar en lo más mínimo á los derechos de los hijos de Doña Antonia, herederos fideicomisarios, los cuales quedaban íntegros é intactos, toda vez que no habían sido parte en el pleito; absolviendo á Doña Antonia de los demás particulares de la demanda, así como también á Doña María Sorret, hoy al referido D. Andrés, como heredero de la misma, de la reconvención deducida por la demandada para detraer la cuarta treveliánica:

Resultando que D. Andrés Camana Rossi, como heredero de su difunta

esposa Doña María Sorret Hiraburu, ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que al absolver á la demandada Doña Antonia Hiraburu de la entrega á Doña María Sorret del legado de 10.000 escudos en metálico, primero y principal objeto de la demanda, siendo como era inconcuso que por la naturaleza de este legado Doña María Sorret adquirió el pleno dominio desde que el testador falleció; que por virtud de corresponderle había recibido de derecho el legado y constituía propiedad suya, y que en el reconocimiento de ese dominio Doña María Lestán, que precariamente y sólo por los días inciertos de su vida mantenía la mera tenencia de los 100.000 reales, pagaba obligatoriamente á la legataria un interés determinado, no podía desconocerse que la sentencia infringe, por violación é interpretación errónea, las leyes 11, 3.ª y 34, tít. 9.º, Partida 6.ª, los artículos 881 y 884 del Código civil y la doctrina legal consignada, de acuerdo con sus disposiciones, en numerosas sentencias de este Supremo Tribunal, entre ellas las de 26 de Mayo y 11 de Diciembre de 1865, 29 de Noviembre de 1869, 1.º de Mayo y 28 de Diciembre de 1872, 20 de Noviembre de 1878 y 9 de Marzo de 1886, según la que en los legados que no son condicionales, la propiedad y el dominio de las cosas legadas corresponde á los legatarios desde la muerte del testador, transmitiendo á sus herederos esos derechos dominicales, y debiendo serles entregadas las cosas legadas cuando las reclaman:

2.º Que al absolver de la demanda á Doña Antonia Hiraburu, en cuanto la pretensión de que entregue á Doña María Sorret el importe del legado que en pleno dominio adquirió y le correspondía desde la muerte del testador, infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, que previene se entiendan las palabras del testador llanamente y como suenan, sin someterlas á interpretaciones cuando son claras; y el art. 675 del Código civil, según el que las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador; y la doctrina legal consignada en numerosísimas sentencias, entre ellas las de 24 de Enero y 7 de Febrero de 1887, de que las palabras del testador deben entenderse y aplicarse llanamente y como suenan, sin darlas alcance y significación que las desvirtúe, toda vez que la sentencia interpretaba el testamento de D. Pedro Hiraburu, en lo referente al legado en cuestión, sin embargo de que se hallaba redactado en términos claros y explícitos, que demostraban con toda evidencia la intención del testador:

Y 3.º Que al absolver de la demanda á Doña Antonia Hiraburu, heredera fiduciaria de su hermano D. Pedro, en cuanto atañe á la entrega de plenos dominios del legado correspondiente á Doña María Sorret, fundándose en que la recta y acertada interpretación del testamento prescinde de que el importe de dicho legado no pertenecía en pleno dominio é irrevocablemente á la legataria, sino que estaba sujeto á ser revertido á los demás bienes del testador, en el caso de que Doña María Sorret muriese sin sucesión legítima, infringe la ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, en cuanto previene que cuando del testamento resultase que las palabras escritas no se armonizan bien con la que ciertamente pareciese la voluntad del testador, debe observarse ésta; el art. 635 (así dice) del Código civil, en cuanto prescribe que en la interpretación de los testamentos, en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento; la ley del testamento por interpretación errónea, pues era indudable que, además de su texto explícito, de todas y cada una de sus cláusulas, armónicamente entendidas, se deducía que el testador quiso instituir en favor de Doña María Sorret un legado en pleno dominio, para que le percibiese y disfrutase para siempre é irrevocablemente,

pudiendo disponer libremente de su importe; y la doctrina legal que establece que si fuere preciso interpretar la voluntad del testador, deberá hacerse rectamente, procurando que se observe cumplidamente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes 1.ª, 3.ª y 34, tít. 9.º, Partida 6.ª, ni las doctrinas que se invocan en el primer motivo, haciendo supuesto de la cuestión, porque prescindiendo en absoluto de la cláusula 13 del testamento en que D. Juan Pedro Hiraburu dispone que muriendo sin sucesión Doña María Sorret, vuelvan á los hijos de su hermana Doña Antonia todos los bienes que le deja, exceptuando de esta regla los 10.000 escudos del legado objeto del recurso, pero en el solo caso que puntualiza con las frases de *si ya los hubiese recibido antes de la muerte de Doña María Lestán,* su viuda, frases que entrañan una condición lícita y tan precisa que fundada la demanda en la no entrega de aquella suma durante la vida de dicha Lestán, demuestran sin la menor duda que la sentencia se ajusta á la última de las leyes citadas al absolver en el particular relativo á la reclamación del legado y sus intereses:

Y considerando que tampoco infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, ni las doctrinas que se invocan en los motivos 2.º y 3.º, porque si bien es clara la frase *en pleno dominio,* empleada al constituir el legado, no es lícito aislarla del resto de la cláusula que integra, y mucho menos del conjunto del testamento que, según lo expuesto en el considerando que precede, *demuestra ciertamente que la voluntad del testador fué otra que non como suenan las palabras que están escritas;*

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Andrés Camana Rossi, como heredero de su difunta esposa Doña María Sorret, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 4 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 del mismo mes y año.)

37

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (4 de Febrero de 1891). —Sala segunda.—*Restitución de una casa.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Dolores Cuervo en pleito con D. Angel Alvarez (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que si los documentos en que se funda una demanda reivindicatoria revelan únicamente que el actor se reputó asimismo dueño del inmueble en cuestión, pero en modo alguno acreditan que lo hubiera adquirido por título traslativo de dominio, al estimarlos la Sala sentenciadora insuficientes para justificar dicha acción, no infringe la ley 10, tít. 14, Partida 3.ª

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Febrero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Guanabacoa y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por Doña Dolores Cuervo de Torres, de ocupación sus labores, vecina de Regla, con D. Angel Alvarez Teito, del comercio y de la propia vecindad, sobre restitución de una casa, pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la primera, y en su defensa y representación los Licenciados D. Ricardo Oyuelos y D. Víctor Luis Hernández, éste en el acto de la vista y el Procurador D. Pedro Manget, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que en autos de testamentaría de D. Francisco de la Portilla, que falleció bajo testamento en que nombró por albaceas á D. Juan Merodio y Doña Clara González, se comprendieron como bienes quedados al fallecimiento de aquél la casa calle de Santa Ana, esquina á la Mamita, núm. 57, con un establecimiento de víveres, situado en la misma; otras dos en la calle de Santa Ana, esquina á la de Buenavista, números 56 y 57; otra accesoria, situada en la repetida calle de Buenavista, núm. 71, y otra también en la citada calle, núm. 73, de la villa de Regla, discerniéndose á D. Juan Fernández de la Flor la curatela *ad bona* del heredero menor de D. Víctor Gregorio Valdés, cuyo curador, en unión del albacea Merodio, acudieron al Juzgado por medio de escrito, pidiendo la enajenación de alguno de los indicados bienes, ó sea las casas números 72 y 73, petición á que prestó su asentimiento Doña Clara González, y que fué estimada, verificándose el 31 de Octubre de 1856 el remate del establecimiento de víveres, calle de Santa Ana, esquina á la de Mamita, y de las dos casas de tabla y teja de la calle de Buenavista, á favor de D. Antonio Godínez, para Doña Isabel González el primero, y Doña Prudencia Hernández las segundas; otorgando, con motivo de haber rematado las enunciadas casas dicha Doña Prudencia, escritura de 15 de Noviembre del mismo año 1856, por la cual aseguró con hipoteca de otra de su propiedad, situada en la calle Real del expresado pueblo de Regla, el precio de las que había adquirido á favor del ya nombrado heredero del D. Francisco de la Portilla, D. Víctor Valdés:

Resultando que la Doña Clara González, á favor de la cual, según certificó el Escribano D. Luis Justo Marín, no existía en su Escribanía escritura de venta de los terrenos rematados, otorgada por Doña Prudencia Hernández, obtuvo en el mes de Agosto del año 1877, de la Alcaldía de Regla, licencia para fabricar dos casas de mampostería en el solar de la calle de Santa Ana, núm. 127, y tres más del mismo material en la que daba á la de Buenavista; y por escritura que otorgó en Mayo de 1869 hipotecó á favor de Doña Andrea y Doña María del Carmen Vázquez una casa en fábrica de mampostería situada en la calle de Buenavista, de Regla, que se expresa estaba edificada en terreno que hubo de Doña Prudencia Hernández, por otra escritura ante el Escribano Marín, hacía como cuatro años:

Resultando que fallecida dicha Doña Clara González sin disposición testamentaria, se incoaron autos de abintestato, en los que se inventarió, entre otros bienes, como de la pertenencia de aquélla, la casa calle de Santa Ana, núm. 125, en el pueblo de Regla, tasada en 1.912 pesos 86 centavos oro, la que, después de declararse en 15 de Marzo de 1872 heredera de la finada á Doña Dolores Cuervo, se acordó, en auto de 30 de Julio del mismo año, sacar á subasta, como así se verificó el 27 de Agosto siguiente, sin realizarse su venta; siendo la misma casa embargada en autos ejecutivos, seguidos por D. Victoriano López contra la Doña Dolores Cuervo como de propiedad de ésta, según informe de los interesados, haciéndose constar que la indicada casa tenía una accesoria por su frente, ó sea á la calle de Santa Ana, marcada con el núm. 123, y notificándose dicho embargo al inquilino de la propia casa D. Angel Alvarez, que lo era también de la enunciada accesoria; sin constar suspendido aquel embargo, ni realizada notificación alguna en tal concepto al Alvarez:

Resultando que por escritura de 30 de Mayo de 1876 D. Antonio García y García vendió á D. Antonio Presno una casa de mampostería y tejas, situada en la calle de Santa Ana, del pueblo de Regla, núm. 123, que lindaba con la calle de Buenavista, á la cual hacía esquina, expresándose y certificándose en la misma escritura que el vendedor hubo dicha casa de D. Víctor Valdés de la Portilla en la otorgada en 17 de Junio del año ante-

rior, igualmente por medio de escritura fecha 5 de Agosto de 1876, D. Antonio Presno vendió á D. Nicolás Giral la enunciada casa, y asimismo en escritura de 14 de Noviembre de 1883, D. Antonio Moner y Alemani vendió á D. Angel Alvarez Teito una casa situada en la repetida villa de Regla, calle de Santa Ana, núm. 123 antiguo y 125 moderno, situada en la manzana sin número que comprendía dicha calle y las de Buenavista, Santa Rosa y Real, la que había adquirido Moner por remate en el Juzgado de primera instancia de Guadalupe el 6 de Septiembre de aquel año, según testimonio que exhibió en el acto, y le fué devuelto; inscribiéndose en el Registro de la propiedad la expresada finca á nombre del D. Angel Alvarez Teito, quien con motivo de procederse en los autos de abintestato de Doña Clara González, ya indicados, á poner en posesión de los bienes de dicho abintestato al Administrador nombrado, acudió, fundándose en la escritura últimamente mencionada, solicitando que por virtud de ella se dejase sin efecto la ocupación de la precitada casa, como así hubo de verificarse:

Resultando que, en su consecuencia, el 15 de Noviembre de 1884 Doña Dolores Cuervo de Torres dedujo ante el Juzgado de primera instancia de Guanabacoa la demanda de autos, en la que, ejercitando la acción reivindicatoria, solicitó se condenase á D. Angel Alvarez Teito á restituir á la demandante una casa situada en el pueblo de Regla y su calle de Santa Ana, núm. 125, con sus productos, apoyándose como hechos: en que al fallecimiento de Doña Clara González quedó entre sus bienes la referida casa, la cual fabricó á sus espensas, en terrenos adquiridos de su madre Doña Prudencia Hernández, quien á su vez adquirió por remate, en la testamentaría de D. Francisco de la Portilla, dichos terrenos, en los que había dos casas que se destruyeron para fabricar las que hoy existen, habiéndose asegurado el remate al menor heredero de Portilla, por escritura de 15 de Diciembre de 1856; que al fallecimiento de Doña Clara se inventarió, tasó y sacó á remate la referida casa, á consecuencia del intestado de aquélla, sin que persona alguna hubiese reclamado contra tales actos, subasta que no llegó á efectuarse por cuestiones independientes á reclamación de propiedad de persona alguna; y que declarada la demandante única heredera de Doña Claudia González, al ponerse en posesión de los bienes al Administrador nombrado en dicho juicio, se presentó D. Angel Alvarez Teito reclamando la propiedad de la casa, y el Juzgado dispuso quedase sin efecto la toma de posesión; en virtud de todo lo cual Doña Dolores Cuervo entablaba la acción reivindicatoria:

Resultando que á esta demanda se opuso Alvarez Teito, y en apoyo de su derecho alegó: que había comprado la enunciada casa á D. Antonio Moner Alemani en 14 de Noviembre de 1883, según la escritura que acompañó; que éste la adquirió á su vez en pública subasta en el Juzgado de Guadalupe, en 6 de Septiembre de 1883, en el juicio seguido contra Don Nicolás Giral y Palet, el cual la compró á D. Antonio Presno y Vedia en 5 de Agosto de 1876, como se veía en la escritura que presentaba, habiéndola éste de D. Antonio García y García en 30 de Mayo de dicho año, quien la adquirió en 17 de Junio de 1875 de D. Víctor Valdés de la Portilla, el cual la heredó de su padre; que la mencionada casa no fué rematada en la testamentaría de D. Francisco de la Portilla, ni de ninguna otra persona, como se evidenciaba del acta de remate, en la que aparecía que las casas rematadas estaban situadas en la calle de Buenavista, y no en la de Santa Ana; que Doña Clara González no adquirió, ni pudo adquirir de Doña Prudencia Hernández, la casa de referencia ni á título de compra ni por ningún otro, como lo probaba la inexistencia de la escritura, no habiendo jamás pertenecido á Doña Clara González, por más que maliciosamente se hubiese incluído en el inventario de los bienes por ella dejados;

y que la autorización para fabricar no significaba que se hubiese fabricado, ni mucho menos el dominio de los terrenos:

Resultando que D. Antonio Moner Alemani fué citado de evicción sin que compareciera en los autos; y las partes demandante y demandada en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron sus anteriores alegaciones de hecho, adicionándolas la primera, con los de que por el remate verificado por Doña Prudencia Hernández de la finca objeto del pleito pasó á aquélla la propiedad del inmueble, y de consiguiente á sus herederos; cuyo remate aprobó el Juzgado, y se le aseguró al menor D. Víctor Valdés lo que le correspondía de un legado, en casa de la testadora, situada en la calle Real del pueblo de Regla, con hipoteca á satisfacción del curador y de dicho Juzgado, no pudiendo el D. Víctor tener ningún derecho á la casa desde esa fecha sin cobrar dos veces el mismo legado; que al ir á hipotecar Doña Clara González la casa contigua, que fué también comprendida en el remate, se decía que la casa estaba en fábrica, lo cual daba la presunción de que las otras fueron también fabricadas por la Doña Clara; diciéndose en el mismo documento, al expresar los linderos, que lindaba con casa del otorgante; que durante todo el término que medió desde el remate á la reclamación y al fallecimiento de Doña Clara González, Doña Prudencia Hernández primero y después la expresada Doña Clara gozaron tranquilamente del dominio y posesión de la referida casa; que Doña Dolores Cuervo había sido declarada única y universal heredera de Doña Clara González, y como tal, á ella debía pertenecer la finca en cuestión; que la venta hecha por D. Víctor Valdés de la Portilla, tuvo efecto diecinueve años después de haberla rematado Doña Prudencia Hernández; siendo, en su consecuencia, sin valor ni efecto, por haber vendido cosa que no era de su dominio; que el D. Víctor verificó la venta de esas casas después del fallecimiento de la Hernández y la González, siendo Doña Dolores Cuervo una niña; que Valdés de la Portilla no podía alegar derechos como legatario, porque la cantidad de su legado fué asegurada legalmente por la rematadora; no pudiendo tampoco ninguno de los compradores posteriores tener derechos que no tenía el vendedor; y que en juicio seguido contra la Doña Dolores Cuervo se embargó la casa objeto de este pleito, considerándola como de su propiedad, y este embargo se notificó á D. Angel Alvarez Teito, á la sazón inquilino de aquélla, el cual aceptó el embargo; viniéndose por ello en conocimiento de que Alvarez Teito sabía y le constaba pertenecer la casa á la demandante:

Resultando que corrido el trámite de prueba, en el que ambos litigantes la practicaron documental y de testigos, y además la demandante de posiciones, se continuó el juicio por los demás correspondientes en dos instancias, dictando la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana sentencia de 13 de Agosto de 1887, confirmatoria de la del Juzgado, excepto en el particular relativo á costas, de que no hizo especial condena, declarando no haber lugar á la demanda entablada por Doña Dolores Cuervo, de la que, en su consecuencia, absolvió á D. Angel Alverez Teito:

Resultando que la referida demandante Doña Dolores Cuervo ha interpuesto recurso de casación, apoyándose en el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y citando como infringido:

1.º La ley 10, tít. 14, Partida 3.ª, que establece «que todo hombre que en alguna razón fué señor de la cosa, que lo es fasta que sea probado lo contrario», puesto qne la causante de la Doña Dolores y esta misma habían poseído la casa objeto del litigio, probándolo el hecho de haber sido expedida la licencia para edificarla, el haber pagado jornales para ello, el haberle sido embargado, revelando esto ser suya, y el que la venta hecha á la persona de quien sucesivamente había ido transmitiéndose hasta Don Angel Alvarez Teito, lo fué diecinueve años después de rematarla Doña

Prudencia Hernández, causahabiente—así se dice—de Doña Clara Gonzátez; deprendiéndose, por tanto, de documentos auténticos, haber poseído la casa objeto de la reivindicación dichas Doña Clara y Doña Dolores, sin probar lo contrario la parte demandada ó recurrida.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que los documentos á que alude el recurso revelan únicamente que Doña Clara González, causahabiente de Doña Dolores Cuervo, se reputó á sí misma dueña de la casa en cuestión, pero en modo alguno acreditan que la hubiera adquirido por justo título traslativo de dominio, de donde se sigue que al estimarlos insuficientes para justificar la acción reivindicatoria deducida en este pleito, no incurrió la Sala sentenciadora en el error de hecho que se le atribuye, tanto más infundadamente cuanto que en frente de tales documentos existen los presentados por el demandado, que acreditan la serie de transmisiones ocurridas en el inmueble desde D. Francisco de la Portilla, poseedor reconocido por ambas partes como legítimo, hasta que por título de compraventa la adquirió el mismo demandado:

Considerando que no habiéndose cometido el error de hecho en que se funda el recurso, evidente es que no ha podido infringirse la ley 10, tít 14, Partida 3.ª, aducida en su apoyo bajo la hipótesis contraria;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Dolores Cuervo, á quien condenamos, por razón de depósito, al pago de la cantidad correspondiente, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley: no hacemos declaración de costas, por no haberse personado en este Tribunal Supremo la otra parte; y líbrese á la Audiencia de la Habana la oportuna certificación, con devolución del apuntamiento que ha remitido. —(Sentencia publicada el 4 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* del 26 de Marzo del mismo año.)

38

RECURSO DE CASACIÓN (5 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Tercería de dominio.*—Ha lugar al interpuesto por Doña María de la Consolación Valls en pleito con D. Manuel March y otros (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que el examen de las acciones que el demandante ejercita y el análisis del título que acompaña y su alcance legal son la materia del juicio y de la sentencia definitiva, por lo que no debe ser prejuzgado en el primer trámite del juicio, por cuya razón denegándose la admisión de una demanda de tercería de dominio que se ajusta á lo prevenido para las de su clase y con la que se acompaña los documentos en que el actor funda su derecho, se infringen los artículos 1532 y 1537 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, por Doña María de la Consolación Valls, representada por el Procurador D. Luis Montiel y defendida por el Licenciado D. Diego del Castillo, con D. Manuel March y Solernán, propietario, vecino de Manresa, en su nombre el Procurador D. Antonio Piñol, bajo la dirección del Letrado D. Pablo Rózpide, y con Doña Dolores Riera y Rovira y D. José María Serra, en representación de su hijo menor D. José María Serra y Valls,

que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de dominio:

Resultando que D. Ramón Valls y Pascual otorgó testamento cerrado en 28 de Mayo de 1857, que fué abierto y protocolizado en 8 de Octubre de 1858, por haber ocurrido su fallecimiento, en el cual nombró usufructuaria de sus bienes á su mujer Doña Dolores Riera y Rovira, y heredero universal á Sebastián, primer hijo suyo; pero si no fuese su heredero porque no quisiera ó no pudiera serlo, ó siéndolo muriese sin hijos, ó con tales que no llegasen á la edad de veinte años, para cualquiera de dichos casos sustituía á dicho Sebastián, é instituía heredera suya universal á María del Pilar, su primera hija, y á las demás hijas Ramona y María de la Consolación, y á los demás hijos é hijas nacidos ó póstumos que dejase, no á todos juntos, sino al uno después del otro, orden de masculinidad y primogenitura entre ellos guardado, en el modo y forma que tenía dispuesto en cuanto al primer instituído Sebastián:

Resultando que por fallecimiento sin hijos del primer heredero Don Sebastián Valls y Riera, fué heredera del citado testador la primera sustituta, su hija Doña María del Pilar Valls y Riera; la cual, casada con Don José María Serra y Marsal, tuvo un hijo, á quien instituyó heredero en su testamento de 9 de Junio de 1873, bajo el que falleció; habiéndose formalizado inventario de bienes de D. Ramón Valls y Pascual en escritura de 3 de Diciembre de 1874 por su viuda Doña Dolores Riera y Rovira y por D. José María Serra y Marsal, en representación de su hijo impúber Don José María Serra y Valls, en el que se comprendió el manso y heredad llamada Villafrans, sito en término de Balsareny, partido de Manresa, con su casa de labranza, tierras aglebadas y edificio fábrica contenido dentro de sí:

Resultando que por auto del Juez de primera instancia del distrito de las Afueras de Barcelona de 3 de Febrero de 1881, se autorizó á D. José María Serra y Marsal, en representación de su hijo D. José María Serra y Valls, y á Doña Dolores Riera y Rovira, como testamentaria y usufructuaria de los bienes de su difunto marido D. Ramón Valls y Pascual, para tomar á préstamo de D. Manuel March y Solernán 100.000 pesetas para satisfacer á D. José Siró y Jordá, maestro de obras, el pago de las de construcción y ensanche de la casa fábrica y sus dependencias, sita en la heredad llamada manso Villafrans, en sustitución de otra fábrica que había sido incendiada; y en su virtud, en 27 de dicho mes de Febrero otorgaron aquéllos escritura, por la que recibieron en préstamo de D. Manuel March la citada cantidad por término de cuatro años, prorrogables por otros cuatro, con interés anual de 6 por 100, pagadero por semestres anticipados, que podría hacer efectivos por la vía de apremio; hipotecando especialmente la mencionada heredad llamada manso Villafrans, en el distrito municipal de Valsareny, con su fábrica, máquinas, etc., consignando que dicha finca pertenecía á Doña Dolores en usufructo, y al impúber D. José María Serra, en propiedad, como heredera de su difunta madre Doña María del Pilar Valls y Riera, y á ésta como heredera de su difunto padre D. Ramón Valls, por haberse realizado á su favor la sustitución ordenada en su testamento, perteneciendo el edificio actual, junto con los motores y demás, á los otorgantes, por haberla levantado á su costa con motivo del incendio que sufrió la referida fábrica:

Resultando que en 23 de Diciembre de 1887 dedujo D. Manuel March y Solernán demanda ejecutiva contra Doña Dolores Riera en calidad de testamentaria y usufructuaria de los bienes que fueron de su difunto marido D. Ramón Valls y contra D. José María Serra, como administrador de los bienes de su hijo menor D. José María Serra y Valls, heredero de dicho D. Ramón Valls, su abuelo, para el pago de 6.000 pesetas, importe de

los intereses de dos semestres correspondientes á aquel año, y despachada la ejecución, embargada la casa fábrica y puestas las rentas en administración judicial, no habiéndose opuesto los ejecutados, aun cuando comparecieron en los autos, se dictó en 10 de Febrero de 1888 sentencia de remate, que fué consentida, acordándose para su cumplimiento en providencia de 28 del mismo mes, que los deudores presentaran los títulos de propiedad de la finca embargada, y que se reclamara certificación de las cargas que sobre la misma pesaban:

Resultando que fundados Doña Dolores Riera y D. José María Serra en las disposiciones del testamento de D. Ramón Valls, á cuya herencia correspondía la casa fábrica, con arreglo á las cuales, si el actual sucesor de aquél, D. José María Serra y Valls, que sólo contaba á la sazón trece años, no llegaba á la edad de veinte, la condición de la institución se resolvería á favor de su tía Doña Ramona; por lo cual no podía ser enajenada la finca de que se trataba, pidieron reposición de dicha providencia, declarando que no había lugar á lo solicitado por la parte ejecutante ni á sustanciar el expediente de apremio dirigido á la venta de la finca embargada, debiéndose aplicar á la extinción del crédito de aquélla, tan sólo las ventas de dicha finca, mientras el menor D. José María Serra y Valls no hubiera cumplido la edad de veinte años:

Resultando que impugnado el recurso por D. Manuel March, el Juez lo desestimó en auto de 27 de Marzo, de que interpusieron apelación los ejecutados, que les fué admitido en un efecto, entregándoseles testimonio de los particulares que designaron:

Resultando que en 5 de Marzo de 1888 formuló nueva demanda ejecutiva D. Manuel March para el pago de 3.000 pesetas, importe de otro semestre, y se tuvo por ampliada á él la sentencia de remate, practicándose las demás diligencias consiguientes, designándose por las partes respectivamente, perito para la valoración de la finca embargada, y haciéndose saber el estado de la ejecución á otros dos hipotecarios posteriores:

Resultando que por vencimiento del plazo del crédito y á virtud de nueva demanda de D. Manuel March y Solernán, se dictó sentencia en 15 de Abril de 1889, teniendo por ampliada la de remate y la de ampliación de la misma, á la cantidad de 100.000 pesetas, importe del debitorio, y á la de 3.000 por los intereses vencidos; expidiéndose en 24 de Mayo siguiente mandamiento á los peritos para que procedieran á la tasación del inmueble embargado:

Resultando que en tal estado, y con escrito de 15 de Julio de dicho año 1889, dedujo Doña María de la Consolación Valls y Riera en el referido juicio ejecutivo demanda de tercería de dominio de la finca embargada, fundándose para ello en las disposiciones del testamento ya mencionado, con arreglo á las cuales, no habiendo dejado á su fallecimiento Doña María del Pilar Valls, que fué heredera de su padre, más que un hijo, Don José María Serra y Valls, que contaba la edad de catorce años, si no alcanzaba la de veinte fijada por el testador, no se habría cumplido la condición impuesta á su madre, y serían llamadas á la herencia sucesivamente y con sujeción á la voluntad de aquél, las otras fideicomisarias Doña Ramona y Doña María de la Concepción Valls y Riera, demandante, que no había intervenido en la escritura de préstamo, ni consentido la hipoteca en ella establecida; y resultando de todo ello que la mencionada finca pertenecía al ejecutado sólo en usufructo, pues la propiedad correspondía á las herederas fideicomisarias, en favor de las que se perfeccionaría, caso de cumplirse la condición testamentaria, y que no podía por tanto ser enajenada en pago de deudas que aquéllas no consintieron, ejercitando las acciones de petición de herencia, fideicomisaria, correspondiente al heredero fideicomisario contra todo tercer poseedor de las cosas hereditarias, la acción

útil reivindicatoria perteneciente al mismo para reclamar la nulidad de la venta de aquéllas, y todas las demás acciones reales y personales, pidió se declarase que el inmueble embargado en dicho juicio ejecutivo se hallaba sujeto á la cláusula de sustitución puesta en el testamento de D. Ramón Valls y Pascual en favor, entre otros, de la demandante; que por consecuencia de ella no cabía proceder á la enajenación de la propia finca, no habiendo consentido la demandante la hipoteca constituída sobre ella, é imponiendo las costas á la parte que se opusiera á la demanda; y que por un otrosí formuló demanda de pobreza;

Resultando que en providencia de 21 de Junio se tuvo por deducida la demanda de tercería de dominio, acerca de lo cual, á su tiempo se acordaría lo procedente, con suspensión desde luego del procedimiento de apremio, en cuyos méritos se deducía, teniendo en cuanto al otrosí por formulada la demanda de pobreza, para la cual se formase ramo separado:

Resultando que D. Manuel March pidió reforma de esta providencia, acordando que no había lugar á la admisión de la demanda formulada en el concepto de tercería de dominio, porque la demandante no fundaba su reclamación en él, sino que alegando infundadas esperanzas de derechos, pedía tan solo varias declaraciones que podrían ser ventiladas en el juicio correspondiente, pero que no podrían dar margen á la existencia del procedimiento privilegiado de la tercería de dominio, no bastando denominar á una demanda de tercería de dominio, acompañando un documento para que se atribuyera la naturaleza de tal, sino que era necesario que se fundara en el derecho de la propiedad sobre la cosa embargada:

Resultando que Doña María de la Consolación Valls impugnó la reposición, sosteniendo que pedía la declaración de dominio de la finca embargada, petición á que se dirigía todo el contexto de la demanda, y que negada en auto de 12 de Julio la reposición, y admitida la apelación que de ella se interpuso, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona proveyó auto en 17 de Febrero de 1890, revocando el apelado y la providencia de 21 de Junio á que se refería, declarando que no procede dar curso á la demanda que Doña María de la Consolación Valls había presentado con la denominación de tercería de dominio, con reserva del derecho que la asistiera sobre los bienes ejecutados para que pudiera utilizarlo donde y en la forma que correspondiera:

Resultando que Doña María de la Consolación Valls ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 1532 de la ley de Ejuniciamiento civil, que dispone que las tercerías habrán de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor, y el 1537 que determina que no se dará curso á la demanda cuando no se presente el título en que se funde, puesto que bastaba leer el extracto de la de tercería para comprender que se fundaba en el dominio de los bienes, y por otra parte constaba también acreditado, porque con ella se acompañó el testamento de donde se derivaba aquél:

Y 2.º Las sentencias de este Supremo Trirunal de 18 de Diciembre de 1880, 18 de Abril de 1880 y 27 de Febrero de 1883, que determinan que se infringe la ley al denegarse de plano la admisión de la demanda de tercería sin defecto legal insubsanable; y que aunque el art. 1537 de la de Enjuiciamiento civil ordena quo con la demanda deberá presentarse el título en que se funde, no previene, como lo hacía el 1533 para los casos que en él se determinan, que no se admita la demanda cuando no se llene aquel requisito, sino solamente que no se le dé curso; lo cual significaba que había de quedar en suspenso su admisión hasta que se presentara el título ó documento en que se fundase; que dicho artículo no confiere al Juez la facultad de apreciar para admitir ó no la demanda si el título que con ella se presenta sirve para acreditar el dominio, ni puede admitirse tal facultad

sin contrariar las leyes, porque sería prejuzgar en el primer trámite del juicio la cuestión que había de ser objeto de la sentencia, y además, siendo la cuestion debatida la de si debía admitirse ó no la demanda, la Audiencia decidía no darle curso, y por tanto resolvía una cuestión que no guardaba congruencia con lo que se litigaba, infracción que se hallaba, por tanto, de lleno en el párrafo segundo del art. 1892 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la demanda formulada por Doña María de la Consolación Valls se ajusta á lo prevenido para las de su clase, y está fundada en el testamento de su padre D. Ramón Valls y Pascual, de cuyos documentos se acompaña copia:

Considerando que el examen de las acciones que la demandante ejercita y el análisis del título que se acompaña y su alcance legal son la materia del juicio y de la sentencia definitiva, y no debe ser prejuzgado en el primer trámite del juicio, como lo hace la Sala sentenciadora al denegar la admisión de la demanda, por cuya razón la sentencia recurrida infringe los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina que se alega en los dos motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María de la Consolación Valls, y en su consecuencia casamos y anulamos el auto que en 17 de Febrero de 1890 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona.— (Sentencia publicada el 5 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 del mismo mes y año.)

39

Recurso de casación (7 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Velázquez en pleito con D. Manuel Menéndez y otros (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que resuelto negativamente un punto por sentencia ejecutoria, no puede eficazmente reproducirse en un nuevo juicio, porque á ello se opone la virtud de la cosa juzgada.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Tineo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, por D. José Velázquez y Bovillo, vecino de esta corte, representado por el Procurador D. Luis Lumbreras y defendido por el Letrado D. Luis Silvela y Casado, con D. Manuel Menéndez Francos, D. Antonio Velázquez Bovillo y D. Pedro Pertierra Rodríguez, labradores, vecinos respectivamente de Llama y Mallayo, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre pago de pesetas:

Resultando que por documento privado que firmaron en el lugar de Mirallo, del Concejo de Tineo, en 14 de Septiembre de 1870, D. José y D. Antonio Velázquez, D. Anastasio García, en representación de D. Juan Velázquez, y D. Manuel Menéndez Sierra se convinieron en nombrar un representante que siguiera una cuestión judicial que tenían pendiente con D. Manuel Valdés, porque los otorgantes reclamaban la apertura ó franqueo en el camino de entre los huertos al D. Manuel Valdés; y para que esto se llevase á efecto y el camino volviese á marchar por su antigüedad se originarían varios gastos de justicia, se obligaban á pagar por partes iguales los gastos judiciales y de agencia, y además 18 reales por día cada

vez que se originara practicar diligencias; entregándole las sumas de sus dietas en una sola partida, sin descuento ni rebaja alguna, dada que fuera la sentencia definitiva, pena de ejecución y apremio y de pagarles todos cuantos gastos se originasen hasta solventar la suma de sus dietas; y el que desistiese ó contrariase todo cuanto iba relacionado, se obligaba, por sí y en nombre de sus herederos, á pagar todos cuantos gastos hubiesen motivado y se motivasen hasta sentencia definitiva:

Resultando que entablada demanda por D. José Velázquez contra Don Manuel Valdés, fué condenado por sentencia de este Supremo Tribunal de 9 de Diciembre de 1873, que casó la de vista dictada en aquel juicio, condenando á D. Manuel Valdés á abrir el camino cerrado, dejando las cosas en el ser y estado que tenían antes de su cerramiento:

Resultando que para reintegrarse de los gastos judiciales y extrajudiciales que D. José Velázquez tuvo que hacer en el pleito mencionado, entabló demanda para que se condenase á D. Manuel Menéndez, D. Pedro Pertierra, por sí y en representación de D. Pedro Velázquez, y D. Juan Velázquez, al pago de la cantidad de 1.964 pesetas y 7 céntimos á que ascendían todos aquellos, con las costas; y sustanciado el juicio en dos instancias, é interpuesto por D. José Velázquez recurso de casación, este Supremo Tribunal casó y anuló en 20 de Abril de 1877 la sentencia que en 15 de Marzo de 1876 había dictado la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo; y en la que pronunció en 1.º de Diciembre del mismo año condenó á los demandados á pagar á D. José Velázquez en el término de quinto día, mancomunadamente, la cantidad de 2.151 pesetas 78 céntimos, en la proporción de 534 pesetas 74 céntimos D. Antonio Velázquez, igual suma Don Manuel Menéndez Sierra, y 1.075 pesetas D. Pedro Pertierra, por sí y en representación de D. Pedro Velázquez, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que fundado D. José Velázquez en que en este último litigio se le habían ocasionado nuevos gastos judiciales que había satisfecho según los recibos que presentaba; que para promoverlos había tenido necesidad de abandonar su domicilio de Madrid, del cual estuvo ausente más de un año, y que habiendo reclamado á D. Antonio Velázquez y demás mencionados el abono de todos estos gastos, se habían negado á ello, dedujo en 13 de Mayo de 1888 la demanda objeto de este pleito, en la que consignando como fundamento de derecho que en cualquiera forma que aparezca que los contratantes quisieron obligarse quedaban obligados, y que habiendo contraído D. Antonio Velázquez, D. Pedro Pertierra y Don Manuel Menéndez la obligación del contrato, dando lugar á un pleito, quedaron obligados á pagar, no sólo los gastos judiciales, sino los extrajudiciales suplidos por el demandante en dicho pleito, y las costas que se originasen en esta demanda; y haciendo uso de la acción personal correspondiente, suplicó se declarase que D. Antonio Velázquez, D. Manuel Menéndez Sierra y D. Pedro Pertierra, por sí y en representación de D. Pedro Velázquez, estaban obligados á pagar al demandante todos los gastos judiciales y extrajudiciales motivados con el litigio seguido contra los mismos en reclamación de los gastos suplidos y dietas devengadas por el demandante en el pleito con D. Manuel Valdés sobre apertura del camino; condenándoles á su pago en la proporción de dos cuartas partes á D. Pedro Pertierra, por sí y en representación de D. Pedro Velázquez, y una cuarta parte á D. Antonio Velázquez y otra á D. Manuel Menéndez, declarando también que estaban obligados al pago de los gastos judiciales y extrajudiciales que se motivasen en este pleito; á cuyo pago se les condenase también:

Resultando que los demandados impugnaron la demanda sosteniendo que el documento de 14 de Septiembre de 1870 había terminado en todos

sus efectos con los de la sentencia de 1.º de Diciembre de 1877, pronunciada por este Supremo Tribunal, por la cual se resolvían todas las cuestiones objeto del documento privado, sin hacer reserva alguna y sin hacer especial condenación de costas; sentencia que había sido ejecutada, como lo demostraban los documentos de pago al demandante de las cantidades á que respectivamente habían sido condenados:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo dictó en 16 de Mayo de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, declarando sin derecho á D. José Velázquez Bovillo para reclamar de los demandados D. Manuel Menéndez Francos, D. Antonio Velázquez Bovillo y D. Pedro Pertierra Rodríguez, por sí y en representación de D. Pedro Velázquez, cantidad alguna por costas judiciales y extrajudiciales ocasionadas con motivo del pleito sostenido en reclamación de las ocasionadas en el habido con D. Manuel Valdés, condenando al demandante al pago de las costas causadas:

Resultando que D. José Velázquez Bovillo ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El documento privado por el que se comisionó á D. José Velázquez para que siguiera el pleito que todos tenían pendiente contra D. Manuel Valdés, obligados á pagar por partes iguales los gastos judiciales y extrajudiciales que se originasen, y en el que se pactó que el que se apartara de lo relacionado se obligaba á satisfacer á D. José Velázquez Bovillo todos cuantos gastos se originasen, toda vez que la sentencia reconocía que estaba en vigor el mencionado documento, y luego declaraba sin derecho al recurrente para hacer reclamación alguna á los demandados:

Y 2.º La sentencia de este Supremo Tribunal de 1.º de Diciembre de 1877, dictada en el pleito seguido en semejante asunto por el propio recurrente y contra los mismos demandados.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que en el pleito anteriormente seguido entre las mismas partes que hoy litigan versó, no tan sólo respecto á la obligación principal contraída por los demandados en el convenio de 14 de Septiembre de 1870, sino también sobre el pago de los gastos ocasionados para hacerlas efectivas; y resuelto este punto negativamente por la sentencia ejecutoria de 1877, no ha podido eficazmente reproducirse en este juicio nuevo, porque á ello se opone la virtud de la cosa juzgada, siendo por tanto evidente que no se han cometido las infracciones alegadas en apoyo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Velázquez Bovillo, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; no haciendo declaración sobre costas por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 7 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 3 de Marzo del mismo año.)

40

RECURSO DE CASACIÓN (7 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Tercería de mejor derecho.*—No ha lugar al interpuesto por Doña María Albentosa en pleito con Doña Encarnación Caro y otras (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que no es posible dar el carácter jurídico de deuda por trabajo personal.

sino que es de depósito el contrato escriturario en cuya virtud uno de los contratantes se declara deudor del otro por el importe de los salarios que el segundo devengó al servicio del primero y depositó en poder de éste con un interés fijado á voluntad del deudor:

Que dando la preferencia á un crédito hipotecario anterior al procedente de una escritura de depósito, no se infringen la ley 9.ª, tít. 3.º, Partida 5.ª, y los artículos 24 y 105 de la Hipotecaria.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Febrero de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de la ciudad de Valencia y en la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, por Doña María Albentosa y Soria, sirvienta, de aquella vecindad, con Doña Encarnación Caro de Gomucio, viuda de D. Carlos Caro y Alvarez de Toledo, por sí y como madre de Doña María de los Dolores, Doña María del Carmen, Doña María y Doña Rosario Caro y Caro, cuyo domicilio y profesión no constan, sobre tercería de mejor derecho; autos pendientes ante Nos, á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la demandante, y en su defensa y representación el Letrado D. Antonio Aguilar y el Procurador D. Angel Calvo, sin que haya comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida:

Resultando que por escritura formalizada en Valencia el 9 de Enero de 1860, que fué inscrita en el Registro de Hipotecas, D. Andrés Zinke, Don Rodulfo Eixelt y D. Guillermo Bentel, á nombre de D. José Bentel, como representantes de la Sociedad mercantil *Kreysler Kreyslig y Compañía,* otorgaron recibir en préstamo de D. Carlos Caro y Alvarez de Toledo la cantidad de 30.000 reales al interés de 6 por 100 anual, por término de dos años; y si dieran lugar á que se les demandase judicialmente, no sería necesario que la demanda se entendiera personalmente con todos los socios, siendo bastante que se dirigiera contra cualquiera de ellos, hipotecando á la seguridad del préstamo una casa situada en aquella ciudad, al rincón de la plaza de Santa Catalina, callizo denominado de la Reina Mora, núm. 13 antiguo y 1 moderno, y la casa escalerilla contigua, núm. 14 antiguo y 1 moderno; y en otra escritura de 29 de Abril de 1865, otorgada asimismo en Valencia é inscrita igualmente en el Registro de Hipotecas, D. Rodulfo Eixelt Welfer declaró recibir también en préstamo del D. Carlos Caro Alvarez de Toledo 22.000 reales vellón, con el interés del 6 por 100 anual; prometiendo satisfacer dicha suma dentro de dos años, é hipotecando á su seguridad una casa sita en la calle del Mar, números 13 y 14 antiguos y 1 moderno, de la propia ciudad:

Resultando que en 28 de Octubre de 1870, el D. Carlos Caro dedujo en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de dicha ciudad de Valencia, demanda ejecutiva contra el D. Rodulfo Eixelt por la suma de 52.000 reales, importe de los créditos resultantes de las citadas escrituras, los intereses y costas, despachándose la ejecución contra Eixelt, por sí y como socio de la anteriormente expresada, embargándose entre otros bienes las fincas hipotecadas:

Resultando que estando los autos en la vía de apremio, prosiguiéndolos, mediante el fallecimiento de D. Carlos Caro, su viuda Doña Encarnación Caro, por sí y como madre de los menores Doña María de los Dolores, Doña María del Carmen, Doña María y Doña Rosario Caro y Caro, se promovió en 27 de Agosto de 1887 por Doña María Albentosa y Soria la demanda actual de tercería, en la que, ejercitando la acción de depósito, pidió se la declarase tener preferente derecho al de Doña Encarnación Caro de cualquiera otro acreedor, á ser reintegrada con el producto de los bienes del ejecutado, de la suma de 3.023 pesetas 37 céntimos que tenía depositadas en el mismo, con más los intereses legales desde que ocurrió

su fallecimiento, y para ello expuso: que en 4 de Agosto de 1865 entró en clase de sirvienta en casa de D. Rodulfo Eixelt con el salario mensual de 60 reales, que fué depositando en el mismo, con más las rentas de una casita que poseía en la villa de Alcira hasta fin de 1875, importando todo la cantidad referida de 3.023 pesetas 37 céntimos; y deseando asegurar dicha suma, exigió de Eixelt, y éste le otorgó en 20 de Diciembre de 1875, la escritura de que acompañaba copia, declarando la deuda y su procedencia, y obligándose á abonársela á su fallecimiento, si antes no lo hubiese hecho; pero habiendo fallecido el D. Rodulfo en 18 de Febrero de 1886, sin que hasta la fecha se le hubiera pagado cantidad alguna, á pesar de haberse aumentado la deuda con el importe de las mensualidades que siguió sirviendo en la casa después de otorgada la escritura, habiéndose enterado la demandante de que Doña Encarnación Caro tenía embargados todos los bienes del deudor, y considerándose con mejor derecho para reintegrarse de su crédito, por la naturaleza del mismo, con preferencia á otro acreedor, deducía aquella demanda:

Resultando que con la misma presentó copia simple de la escritura de que se hace mérito en dicha demanda, fecha 25 de Diciembre de 1875, la cual se testimonió en el término de prueba, por la que el D. Rodulfo Eixelt hizo constar que en 4 de Agosto de 1865 entró en su casa la demandante como sirvienta, y á su instancia, y por la confianza que en el otorgante tenía, había depositado en él los salarios que ganaba, á razón de 15 pesetas mensuales, de cuya cantidad, rebajadas las sumas ó sacas que había hecho para cubrir sus atenciones, con más las rentas de una casita que poseía en Alcira, y que al cobrarlas, las más veces las había entregado á Eixelt, resultaba ser abonadas en cuenta hasta fin de dicho año 1875, 3.023 pesetas 37 céntimos y medio, de cuyo capital no le exigía la Albentosa rédito alguno, dejándolo á voluntad del otorgante, y tal era así, que había prometido no apremiarle jamás para su devolución ó pago, como igualmente deseaba tenerlo asegurado á todo evento; y por tanto, y para en el caso de que falleciera antes de haberla entregado la referida cantidad y no se pusiera en duda la legitimidad del crédito, sino que antes bien se considerase como obligación preferente á todo otro acreedor, para satisfacerla de los bienes que hubiera dejado, se obligó á que el día que falleciera se le abonase de sus bienes la cantidad expresada, si antes no la hubiera recibido, lo cual constaría en los libros de entradas y salidas igualmente que las cantidades que fuese extrayendo ó depositando nuevamente:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Encarnación Caro, por sí y como madre de los menores antes expresados, y además de su otro hijo D. Carlos Caro y Caro, lo evacuó, excepto á nombre de este último, pidiendo se la absolviera de la demanda, con imposición de costas á la demandante, alegando: que el crédito de la Doña Encarnación contra Eixelt era hipotecario, y en los autos, origen de la tercería, figuraban reclamaciones de la Doña María por préstamos hechos al ejecutado de 2.395 pesetas, según escritura de 19 de Julio de 1883, lo que contradecía que al depositar aquélla en su amo la cantidad reclamada, diera todos los recursos de que podía disponer, oponiéndose á la naturaleza del depósito el ofrecimiento de interés que el depositario consignó en la escritura de 20 de Diciembre de 1875, viniendo á reconocer la demandante que no era tal depósito, cuando al pensar utilizar esta acción sólo pedía que se le declarase la preferencia de su derecho, lo cual era contradictorio, pues aquella acción era de dominio; y tercería de esta clase, y no de mejor derecho, debió haber entablado, sin que se expresara sobre qué bienes invocaba la preferencia; y si se refería á la casa hipotecada ó sus rentas, no existía tal preferencia, porque la hipoteca de una finca sujeta á ésta y sus rentas,

según el art. 110 de la ley Hipotecaria, á la responsabilidad de aquella deuda, con preferencia á cualquier otro acreedor, por privilegiado que sea:

Resultando que fijados como definitivos por las partes, en sus escritos de réplica y dúplica, los hechos consignados respectivamente en la demanda y contestación, suministrada prueba por aquéllas, y seguidos los autos en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó, en 17 de Junio del año último, sentencia revocatoria, por la que absolvió de la demanda interpuesta por Doña María Albentosa á Doña Encarnación Caro y Gomucio, en su propia representación y como madre de sus menores hijos y herederos de D. Carlos Caro, y declaró ser preferente el derecho de éstos al que como tercerista ostentaba la demandada (así dice), sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que Doña María Albentosa ha interpuesto recurso de casación, que dice autorizan los artículos 1689, 1691 y 1692, todos en su número 1.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, fundado en haberse infringido en la sentencia:

1.º La ley 9.ª, tít. 3.º, Partida 5.ª, por indebida aplicación, toda vez que aunque la acción ejercitada por la recurrente había sido la de depósito, se ejercitó en combinación con la que la competía como acreedora preferente por deber su origen el crédito al trabajo personal prestado á D. Rodulfo y en unos autos de tercería, en que la cuestión principal que debía ventilarse y resolverse era la prefencia de unos acreedores sobre otros á reintegrarse de sus créditos, habiendo de atenderse antes que nada á la índole de los mismos créditos y á su origen, ó causa que motivó su nacimiento, bien determinado, por lo que hace á Doña María Albentosa, en la escritura de 25 de Diciembre de 1875, en que Eixelt reconocía que desde 4 de Agosto de 1865 venía aquélla depositando en él los salarios que devengaba en su servicio:

Y 2.º El principio de derecho confirmado por multitud de sentencias de este Tribunal Supremo, de que las leyes no pueden tener efecto retroactivo; puesto que la Sala sentenciadora hace aplicación de varios artículos de la ley Hipotecaria vigente, que de ninguna manera pueden invalidar la hipoteca tácita que en virtud de la legislación anterior tenía María Albentosa, como acreedora por trabajo personal, con acción de depósito, sobre todos los bienes del deudor común, desde el año de 1865, muy anterior al de la promulgación de la citada ley Hipotecaria.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que el contrato escriturario del que la recurrente deriva su derecho es el de depósito de una cantidad, como se reconoce en la demanda al determinar la acción; y en este concepto no es posible dar al crédito que María Albentosa reclama el carácter jurídico de deuda por trabajo personal, como sostiene el recurso:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe, y antes bien aplica acertadamente, la ley 9.ª, tít. 3.º, Partida 5.ª, y los artículos 24 y 105 de la ley Hipotecaria que como indebidamente aplicados cita el recurso en los dos motivos que determina; porque los créditos de D. Carlos Caro y Alvarez de Toledo, que representan hoy su viuda é hijos, son anteriores á la escritura de depósito de cierta cantidad que á favor de la tercerista María Albentosa otorgó su amo D. Rodulfo Eixelt y porque éste á responder de aquellos créditos obligó señaladamente sus bienes, constituyendo la hipoteca de que se hace mérito en las escrituras de 9 de Enero de 1860 y 29 de Abril de 1865;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Albentosa; sin hacer declaración sobre costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certifi-

cación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. —(Sentencia publicada el 7 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Marzo del mismo año.)

41

RECURSO DE CASACIÓN (7 de Febrero de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de testamento.* — No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Antonio López en pleito con D. José Ariza y otro (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que el recurso de casación, cuando el recurrente que se defiende como pobre nombra Abogado y Procurador, debe interponerse, según dispone el artículo 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se manda entregar los autos con dicho objeto.

Resultando que seguido pleito en el Juzgado de primera instancia de Rute y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D. Antonio López González con D. José Ariza Medina, mayor, y D. José Ariza Medina, menor, sobre nulidad de testamentos, la referida Sala dictó en 30 de Octubre del año último sentencia confirmatoria con las costas:

Resultando que remitidas á este Supremo Tribunal las oportunas certificaciones y el apuntamiento de los autos, á fin de que D. Antonio López González, que se defiende como pobre, pudiera interponer recurso de casación por infracción de ley, se hubo por nombrados al Abogado y Procurador que designó, mandándose, en providencia de 16 de Diciembre último, que fué notificada el siguiente día 17, que se entregaran los autos por el término y á los efectos prevenidos en la ley;

Y resultando que en 14 de Enero último devolvió los autos al Procurador con escrito interponiendo dicho recurso, á cuya admisión se ha opuesto el Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan N. de Undabeytia:

Considerando que el recurso de casación, en los casos como el presente, en que el interesado nombra Abogado y Procurador, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto;

Y considerando que el recurso interpuesto lo ha sido después de transcurrido aquel término;

Visto lo dispuesto en el citado art. 1713 y en el 1728 y 1729, núm. 1.º, de la propia ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don Antonio López González, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 7 de Febrero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 12 de Marzo del mismo año.)

42

RECURSO DE CASACIÓN (11 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Tercería de dominio y de mejor derecho.*—Ha lugar al interpuesto por el Abogado del Estado en pleito con Doña Magdalena Domingo (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

Que según tiene declarado el Tribunal Supremo, en pleitos procedentes de Aragón, las leyes relativas á bienes gananciales se refieren, por necesidad, á la disolución del matrimonio, como la época en que ha de conocerse si existen, ó si, por el contrario, hay pérdidas en vez de ganancias.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Febrero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pablo de la ciudad de Zaragoza y en la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, por Doña Magdalena Domingo y Peiro, viuda, vecina de aquella ciudad, con el Abogado del Estado y los interesados en el percibo de costas, sobre tercería de dominio y de preferencia á bienes embargados al marido que fué de la primera en una causa, pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por dicha representación del Estado, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que D. Pablo Moya y Bruno y Doña Magdalena Domingo y Peiro, vecinos de Zaragoza, que habían contraído matrimonio en dicha ciudad el día 3 de Junio de 1854, otorgaron con fecha 24 de Agosto de 1880 escritura, declarando aquéllos que habían aportado á la sociedad conyugal las ropas de llevar de que no hicieron estimación, y además la Doña Magdalena la suma de 1.000 pesetas en el valor dado á diferentes ropas y muebles de casa, y después de efectuado el matrimonio había llevado la propia Doña Magdalena la cantidad de 1.500 pesetas en dinero, por herencia de su abuela, y varios bienes por la de su madre, que se habían enajenado en las respectivas sumas que se expresan, ascendiendo en junto todo ello á la de 10.375 pesetas; y pactaron ambos otorgantes que los bienes por ellos aportados y los que en cualquier concepto llevasen á la sociedad conyugal se considerarían llevados á ésta, por cada uno los suyos, en concepto de bienes sitios, aun los correspondientes á la clase movible, para evitar la comunidad que los Fueros de Aragón establecen tocante á esta especie de bienes; que los que hubiesen adquirido y adquirieran durante su matrimonio por título lucrativo serían de aquel de ellos que los hubiere obtenido ó los obtuviera, y los que hubieren alcanzado ó alcanzasen por título oneroso, en concepto de gananciales, se dividirían por igualdad entre el sobreviviente y heredero ó herederos del premuerto, pagadas las deudas; que los débitos que resultaren, cláusula 4.ª, hechos por los contrayentes antes del matrimonio, se pagarían de los bienes de aquel de los mismos que los tuviere, y los que se originaren durante la sociedad conyugal se cubrirían de los bienes gananciales, y en lo que éstos no alcanzaren, de los bienes del contrayente D. Pablo, quien relevaba á su esposa, y á los bienes de ésta, de toda responsabilidad relativa á deudas, aunque la última las consintiere é hiciere suyas; que el D. Pablo se hacía cargo, por obligación personal, de las 10.375 pesetas que formaban la dote estimada de su esposa y se comprometía á la restitución y entrega de dicha cantidad á quien, y en el tiempo que procediese que el sobreviviente, con descendencia ó sin ella de su matrimonio, tendría viudedad universal en todos los bienes muebles y sitios de la herencia del premuerto, salvo en lo que éste dispusiere, con arreglo á su clase, para misas y sufragios por su alma; y renunciaron el derecho llamado de aventajas forales, excepción hecha de las ropas de su respectivo llevar; y en lo demás que no se establecía, querían que aquella capitulación se entendiera reglada conforme á los Fueros y observancias de Aragón; habiéndose verificado por Doña Magdalena las ventas de fincas mencionadas en la anterior escritura en 25 de Diciembre de 1858, 19 de Mayo, 18 de Junio y 27 de Noviembre de 1861:

Resultando que por escritura de 24 de Diciembre de 1857 ambos esposos adquirieron por título de compra un campo con casa-torre en las Pe-

ñas, término del Burgo, de seis cahíces, y por otra de 7 de Julio de 1878 adquirieron también otro campo en el mismo sitio, de un cahíz y siete hanegas de tierra, poco más ó menos, igualmente por compra; y como este último campo lindaba con el anterior, le agregaron á él los adquirentes:

Resultando que seguida causa contra D. Pablo Moya en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pablo de Zaragoza, por el delito de falsedad, fué condenado por sentencia de 18 de Diciembre de 1880 á catorce años, ocho meses y un día de cadena temporal, multa de 1.500 pesetas, accesorias y costas; habiéndosele embargado, á las resultas del procedimiento y con fecha 15 de Junio de aquel año, la expresada casa torre llamada de Moya, compuesta de ocho cahíces y medio de tierra; y librado mandamiento al Registrador de la propiedad para la anotación preventiva del embargo, la hizo en cuanto á una mitad de la finca, denegándola respecto de la otra:

Resultando que con fecha 9 de Noviembre de 1883 Doña Magdalena Domingo y Peiro, viuda ya del D. Pablo Moya, que falleció sin testar en el presidio de Zaragoza, hallándose extinguiendo su condena, formuló ante el repetido Juzgado de San Pablo de la propia ciudad la demanda de autos, en la que, ejercitando la acción real y personal, solicitó se declarase que la mitad de la torre embargada en la aludida causa pertenece á la demandante, en propiedad, y la otra mitad en usufructo legal ó viudedad foral, amén de tener derecho preferente á cobrar de su valor las 10.375 pesetas á que asciende lo que aportó á su matrimonio; y que se alzase el mencionado embargo, librándose el oportuno mandamiento al Registrador de la propiedad para su cancelación; exponiendo, además de referir los antecedentes ya enunciados, que adquiridos, como lo fueron, la torre y los campos precitados á título oneroso y durante el consorcio, era evidente que como gananciales y en virtud de lo pactado en la capitulación se hicieron por mitad de ambos cónyuges; y si bien se estipuló que los bienes gananciales en primer término, y en segundo los propios de Moya, habían de responder de las deudas del consorcio, no tienen ese carácter las procedentes de delito y sólo sí las que se contraen para atender á las necesidades de la sociedad conyugal; que respecto á la otra mitad de la finca embargada tenía derecho á cobrar de su valor las 10.375 pesetas aportadas al matrimonio, con preferencia al Estado y elaborantes, no tanto por ser su crédito más antiguo, cuanto porque era además privilegiado; y que independientemente de ese preferente derecho asistía á la demandante el de retener, para disfrutarla en viudedad, la repetida finca, no sólo por ser así de Fuero, sino por haberse pactado en la capitulación:

Resultando que propuesto por la demandante incidente de pobreza, que, sustanciado, fué terminado por sentencia concediéndola aquel beneficio; y dado traslado de la demanda de tercería al Procurador de los interesados en costas, la contestó manifestando su conformidad con los hechos alegados en aquélla, y aduciendo como fundamentos legales que la tercerista tenía preferente derecho á cobrar las 10.375 pesetas, puesto que las deudas del marido no perjudicaban los bienes de la mujer, pero que no tenía derecho á reclamar nada en concepto de gananciales mientras no se hallasen cubiertas las responsabilidades pecuniarias de la causa, según sentencias de 14 de Marzo de 1867 y 19 de Abril de 1870; y que, aun aparte de esto, no debían sacarse antes los bienes gananciales que los dotales; por todo lo cual pidió se diese lugar á la tercería de preferencia, por lo relativo á la citada suma, desestimando la de dominio en cuanto á la propiedad como gananciales de la mitad de la torre embargada:

Resultando que seguidos los autos, con audiencia también del Ministerio fiscal, que estimó procedente la demanda, no sólo respecto á los bienes aportados al matrimonio por la demandante, sino en cuanto á los ganan-

ciales, y dictada en ellos sentencia, que fué apelada por el Procurador de los interesados en costas, la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza declaró nulo todo lo actuado desde que se mandó emplazar al Ministerio público en representación del Estado, reponiendo las cosas al ser que entonces alcanzaban; en virtud de lo cual fué emplazado con la demanda el Abogado del Estado, quien, después de resuelto un artículo previo de incontestación que propuso, la contestó solicitando se declarase que á la demandante correspondía la parte de la finca embargada equivalente á cubrir sus aportaciones dotales y parafernales en concepto de dueña, y que se desestimase en cuanto al preferente derecho; para lo cual aceptó los hechos expuestos en la demanda, agregando: que al fallecimiento de D. Pablo Moya no se practicó liquidación de todo el caudal del consorcio, ni por consiguiente inventario ó descripción de bienes; que en las capitulaciones matrimoniales se pactó que las deudas contraídas durante el matrimonio se pagarían de los bienes gananciales, sin hacer distinción alguna respecto á la clase y naturaleza de dichas deudas; que constituída ó entregada la dote ó parafernales aportados al matrimonio por Doña Magdalena, su crédito, por lo que aquellos bienes representan, era preferente al de la Hacienda, y en tal supuesto el Estado no se oponía á la demanda en cuanto á la tercería de dominio; que para saber si en una sociedad conyugal existen gananciales era preciso presidiese la liquidación de todo el caudal consorcial, tanto más necesario en Aragón cuanto que de no hacerla se entiende que continúa, según la observación 2.ª de *jure dotium*; no pudiéndose en este caso, por no haberse hecho liquidación, calificar de gananciales unos bienes que se habian de destinar primeramente al pago de obligaciones hijas del delito; y que no haciéndose distinción alguna en las capitulaciones respecto á la clase y naturaleza de las deudas que habían de pagarse con los gananciales, la responsabilidad pecuniaria nacida del delito había que pagarla preferentemente, no pudiendo decirse que hubiese gananciales hasta que se satisfaciera y estuviese disuelta legalmente la sociedad:

Resultando que transcurrido el término concedido para réplica sin que la demandante evacuase este traslado, no habiéndose tampoco solicitado el recibimiento de los autos á prueba, se siguió el pleito en dos instancias, y la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza dictó sentencia en 26 de Marzo del año último, revocatoria en parte de la apelada, declarando haber lugar á la tercería de dominio y de mejor derecho interpuesta por Doña Magdalena, á quien se reconocía el suyo á sacar preferentemente 10.375 pesetas que importaba lo que llevó al matrimonio con D. Pablo Moya, de la torre denominada Las Peñas, así como la propiedad de la mitad de finca que resultase después de hecha esa deducción, la que le corresponderá en concepto de gananciales; concretándose á la mitad restante, como gananciales del procesado Moya, y á los demás bienes que al mismo pudieran corresponder el derecho de los elaborantes y del Estado para el cobro de las costas y responsabilidades pecuniarias contraídas por el culpable:

Resultando que el Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, en cuanto la sentencia concede á la tercerista gananciales, como autorizado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundado en haberse infringido á su juicio:

1.º La cláusula 4.ª de la escritura matrimonial ó de capitulaciones entre la tercerista y D. Pablo Moya, que es ley entre las partes, según la cual, se halle ó no disuelta la sociedad conyugal, siempre los bienes que se consideren gananciales están afectos al pago de las deudas contraídas durante el matrimonio, sin hacer distinción alguna respecto á la clase y naturaleza de dichas deudas; infracción padecida porque, en virtud de esta escritura matrimonial, la Sala sentenciadora ha debido estimar que la res-

ponsabilidad pecuniaria procedente del delito debía satisfacerse antes que los pretendidos gananciales á la tercerista:

2.º La doctrina legal declarada en sentencia de este Supremo Tribunal de 23 de Diciembre de 1879, y otras, relativas á que en Aragón, según las observancias 2.ª y 55 *de jure dotium,* y 1.ª y 3.ª *secundis nuptiis,* la sociedad conyugal continúa entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, si no hacen descripción, inventario, embargo ú otra diligencia, ó proceden á la división de los bienes muebles, manifestando así la voluntad de separarse de la misma sociedad; infracción padecida porque la Sala sentenciadora concede gananciales á la tercerista como si la sociedad conyugal hubiera sido disuelta, siendo así que aquélla continúa con los herederos del premuerto, por no haberse ejecutado la descripción, inventario, ni acto alguno de liquidación de la misma:

Y 3.º La doctrina legal también resultante de las sentencias de 4 de Marzo de 1867, 11 de Febrero y 19 de Abril de 1870, 8 de Mayo de 1873 y 20 de Octubre de 1880, relativas á que no hay gananciales, mientras así no resulte de una liquidación de bienes de la sociedad conyugal, en cuyo caso es sólo cuando tienen aplicación las observancias ó disposiciones forales de Aragón y las demás del reino, acerca de los derechos de la viuda y de los gananciales; infracción padecida por la Sala sentenciadora al haber declarado la existencia de bienes gananciales en este caso, sin haber precedido liquidación de bienes de la sociedad conyugal, por lo cual debió rechazarse en absoluto la tercería, en cuanto á este extremo de los gananciales, ó á lo sumo reservarse á la tercerista los derechos de que esta parte se creyere asistida para cuando se verificase la referida liquidación de bienes de la sociedad conyugal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que, según tiene declarado este Tribunal, en pleitos procedentes de Aragón, las leyes relativas á bienes gananciales se refieren, por necesidad, á la disolución del matrimonio como la época en que ha de conocerse si existen, ó si, por el contrario, hay pérdidas en vez de ganancias;

Y considerando que la sentencia recurrida infringe esta doctrina, invocada en el motivo 3.º, al declarar de la propiedad de Magdalena Domingo la mitad que reste de la torre titulada Las Peñas, después de deducida su aportación matrimonial, puesto que para ello reputa desde luego ganancial la mencionada torre, sin tener en cuenta que no se ha practicado la liquidación necesaria para determinar cuántos y cuáles sean realmente los bienes y deudas de la sociedad conyugal y de cada uno de los interesados en ella;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Estado; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza en 26 de Marzo del año próximo pasado, en cuanto por ella se declara de la propiedad de Doña Magdalena Domingo y Peiro la mitad que reste de la torre llamada Las Peñas, deducida que sea la aportación matrimonial de dicha Doña Magdalena.—(Sentencia publicada el 11 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Marzo del mismo año.)

43

Recurso de casación (13 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de escritura.*—No ha lugar al interpuesto por D. Gregorio Martínez y otros en pleito con D. Manuel Fraca y otro (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

Que si el testador en Aragón, después de señalar á sus hijos la legítima, nombró heredera universal de todos sus bienes á su mujer, para que los disfrutara en pleno dominio y dispusiera de ellos en sus hijos, *dándoles aquella parte que le pareciera por testamento, por donación ó por cualquier otro título, se deduce á la simple lectura de esta cláusula que aquél procedió con arreglo al fuero único de* testamentis civium, *reconoció que los hijos eran herederos forzosos de sus padres, que era legítima toda la herencia de éstos, y por ello á la heredera le limitó el derecho de disponer, facultándola únicamente para dar más ó menos parte á cada uno de los hijos, pero no para privarles de su derecho á poseer los bienes hereditarios:*

Que la sentencia que así lo estima, ajusta su fallo á la voluntad del testador y no infringe el principio dicat testator et erit lex, *ni el de* cuantum eis placuerit relincuendo:

Que cuando las cláusulas testamentarias no ofrecen duda, no hay necesidad de interpretarlas y sí de apreciar sus palabras como suenan:

Que la sentencia denegatoria de la nulidad de una escritura válida y no simulada, no infringe las leyes 5.ª, tít. 30, Partida 3.ª; 12, 13 y 17, tít. 34, Partida 7.ª, y los artículos 27 y 35 de la ley Hipotecaria, ni de esta misma el 399 y el 403, por apreciar un expediente posesorio que sirvió para hacer constar en el Registro el dominio del vendedor.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Borja y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por D. Gregorio y D. Mariano Pascual Dueñas, vecinos de Alberite, y D. Gregorio Martínez Bona, como marido de Doña Antonia Tabuenca Pascual, vecinos de Cortes, representados por el Procurador D. Francisco Claramunt y defendidos por el Licenciado D. Antonio Sarabia y Pardo, con D. Manuel Fraca Torres y D. Ramón Adán Gascón, como maridos respectivamente de Doña Lucía Aznar Sagarra y Doña Francisca Fraca Azuar, vecinos de Alberite, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre nulidad de una escritura:

Resultando que D. Gervasio Pascual falleció en Alberite bajo testamento, que en defecto de Notario otorgó ante el prior de la iglesia parroquial de dicho pueblo y dos testigos, en 5 de Octubre de 1834, y que fué adverado con arreglo á la ley en igual día y mes del año siguiente, en el que, después de señalar á sus hijos la legítima de fuero, nombró heredera universal de todos sus bienes á su mujer Doña Manuela Royo, para que los disfrutara en pleno dominio y dispusiera de ellos en sus hijos, dándoles aquella parte que le pareciera por testamento, por donación ó por cualquiera otro título:

Resultando que Doña Manuela Royo poseyó los bienes de su marido, otorgando testamento cerrado, que fué abierto y publicado en 9 de Octubre de 1879, en el que dejó de gracia especial á sus hijos D. José y Doña María la casa en que vivía, con todo lo existente en ella, y los frutos pendientes en las fincas rústicas, las caballerías y un campo en Luchón; á su otro hijo D. Francisco, también de gracia especial, pero sólo en usufructo, el campo del Duer y la mitad del plantado alto, término del Noguerol; y á su hija Doña Manuela, en igual forma, la otra mitad del plantado alto, término del Noguerol, y á su hija Doña María, igualmente de gracia especial, la roza que estaba junto al Huerba; y toda la demás hacienda la dejó para sus dos hijos y las dos hijas, partes iguales; y si éstos muriesen antes que la otorgante, á sus hijos, sus nietos y nietas, con la condición de que recayera en sus nietos y nietas, á quienes dejaba el dominio; y cualquiera de sus hijos ó hijas que no se conformasen con su voluntad, los dejaba desheredados, pues podía hacerlo así, por haberla dejado su ma-

rido heredera universal para que pudiera disponer de todo cuanto había y pudiera haber:

Resultando que D. Ramón Adán, á ruego de D. José Pascual y Royo, presentó escrito en 15 de Mayo de 1882 al Juez municipal de Alberite, manifestando que venía poseyendo á nombre propio ocho fincas que describió, por haberlas adquirido por herencia de su padre D. Gervasio Pascual, adjudicándoselé en la partición confidencial que practicó con sus hermanos D. Francisco, Doña María y Doña Manuela Pascual y Royo, desde hacía más de treinta años; y ofreciendo sobre ello información, que le fué admitida, declarando dos testigos que les constaba de ciencia propia que venía poseyendo dichas fincas sin interrupción de nadie, el Juez aprobó la información practicada, y mandó extender en el Registro de la propiedad la inscripción de posesión de dichas fincas á favor del referido D. José Pascual sin perjuicio de tercero:

Resultando que D. José Pascual y Royo otorgó escritura en 6 de Marzo de 1882, por la que vendió á los cónyuges D. Manuel Fraca y Torres y Doña Lucía Aznar Sagarra, y Doña Francisca Fraca Aznar y D. Ramón Adán Gascón, once números de bienes que dijo el vendedor le correspondían en dominio y propiedad, el primero de ellos por compra verbal á su hermana Doña Manuela Pascual y Royo, y las diez restantes por haberlos adquirido de la herencia de su padre D. Gervasio Pascual, y se le adjudicaron en la partición verbal que hacía más de treinta años practicó con sus hermanos D. Francisco María y Doña Manuela Pascual y Royo:

Resultando que el Registrador de la propiedad de Borja certificó que D. Ramón Adán Gascón, por sí y como mandatario verbal de su convecino D. Manuel Fraca, presentó esta escritura en dicho Registro á las diez de la mañana del 19 de Enero de 1888, por lo cual Adán y Fraca compraron en la proporción de dos terceras partes el primero, y una el segundo, á D. José Pascual y Royo nueve fincas situadas en el término de Alberite, habiéndose inscrito el documento en 24 del mismo mes:

Resultando que D. José Pascual Royo falleció sin sucesión, á la edad de ochenta y tres años, en 6 de Enero de 1885, y en 26 de Noviembre del mismo año, D. Gregorio y D. Mariano Pascual Dueñas y D. Gregorio Martínez Bona, como marido de Doña Antonia Tabuenca Pascual, nietos que acreditaron ser de D. Gervasio Pascual y Doña Manuela Royo, dedujeron, después de haber obtenido la declaración de pobreza para litigar, la demanda objeto de estos autos, en la que después de hacer mérito de los testamentos mencionados, expusieron: que como consecuencia de lo dispuesto en los mismos, los hijos de los testadores se dividieron entre sí la mayor parte de los bienes, llevándose cada uno además las gracias especiales que respectivamente les correspondían, quedando no obstante sin dividir, en poder de D. José Pascual, un campo en término de Alberite, una era de pan trillar y un huerto; que fallecidos sus otros hermanos Don Francisco, Doña Manuela y Doña María, quedaron del primero y de la segunda sus hijos los demandantes, y además Doña Paula Tabuenca, que no era parte en este pleito, y habiendo requerido varias veces á su tío Don José Pascual para que procediese á la partición de dichas fincas, siempre le había manifestado que esperasen á que él muriese, puesto que tanto aquéllas como las demás habían de ser para ellos con arreglo á los testamentos de los abuelos por no tener descendencia el D. José; pero que ocurrido su fallecimiento, se habían encontrado con que había vendido á dos entenados suyos todas las fincas que había heredado de sus padres; y habiéndoles reclamado nueve de las fincas que figuraban como vendidas en dicha escritura, porque aunque las once que comprendía pertenecieron á los cónyuges D. Gervasio Pascual y Doña Manuela Royo, las señaladas con los números 2 y 4 eran las gracias especiales asignadas por la última á

D. José Pascual, que no estaban sujetos á llamamiento en favor de los nietos, se habían negado á acceder á su reclamación, y estableciendo como fundamentos de su derecho que la voluntad de los testadores era la ley con arreglo á la cual debían distribuirse sus bienes; que era nula la venta de los que verificó D. José Pascual, puesto que no le correspondía su dominio, que los testadores dejaban á sus nietos, y nadie podía vender lo que no le pertenecía; y que aun cuando la escritura de venta hubiese sido inscrita en el Registro de la propiedad, la inscripción no consolidaba los actos ó contratos nulos, mucho menos cuando el vendedor tan sólo pudo inscribir la posesión, y estas inscripciones se verificaban siempre sin perjuicio de tercero, terminaron suplicando que, previa declaración de nulidad de la escritura de venta de 6 de Marzo de 1882, en cuanto se refería á las fincas señaladas en dicha escritura con los números 1, 3 y 5 al 11, así como de cualquier otro documento ó enajenación relativa á esos bienes, se declarase asimismo que á los demandantes, como nietos de D. Gervasio Pascual y Doña Manuela Royo, correspondía en sus tres cuartas partes el dominio de las indicadas fincas, condenando en su consecuencia á los demandados á dejar á la libre disposición de los demandantes dichas tres cuartas partes, con los frutos producidos desde el fallecimiento de D. José Pascual, y al pago de todas las costas:

Resultando que los demandados contestaron á demanda, alegando: que la voluntad de la testadora Doña Manuela Royo aparecía clara y manifiesta, en el sentido de hacer dueños de los bienes hereditarios á sus hijos si la sobrevivían, teniendo por tanto D. José Pascual facultad para disponer en venta; que aun cuando ofreciera duda la cláusula en que Doña Manuela Royo llamaba á heredar á sus hijos, quedaría esclarecida haciendo aplicación de la doctrina de este Supremo Tribunal, de comparar entre sí todas las disposiciones del testamento, con lo cual no podía menos de convenirse en que si D. José Pascual, como sus hermanos, la sobrevivían, podrían disponer libremente de los bienes, pues esto mismo era lo que dispuso en cuanto á los legados ó gracias especiales; que D. Gervasio Pascual no facultó á su mujer para cercenar el derecho que los hijos tuvieran en los bienes que pudiesen recibir, y sólo sí para repartirles más ó menos cantidad en ellos, y por tanto habría que convenir en que no las impuso realmente como entendían los demandados; que el llamamiento que la abuela hacía en favor de los nietos, era para el único caso de que los hijos falleciesen antes que ella, supeditándolo todo á este caso eventual, pues de no realizarse la muerte de los hijos antes que la de la otorgante, estaba claro que eran éstos los herederos llamados; que la demanda era defectuosa en cuanto á la finca señalada con el núm. 1.°, pues reconociendo los actores que la adquirió D. José Pascual por compra en contrato privado á su hermana Doña Manuela, lo primero que debieron solicitar era la nulidad de este contrato; y que era viciosa por lo respectivo en cuanto á otras fincas, pues aun partiendo del supuesto de que las retuvo D. Pascual indebidamente, siempre resultaría que había transcurrido con exceso el tiempo para haberlas ganado por prescripción, terminando por todo ello con la pretensión de que se declarase que D. José Pascual podría disponer, como lo hizo en la escritura de 6 de Marzo de 1882, y estimando ésta perfectamente válida, se las absolviera de la reclamación deducida por los demandantes, á quienes se impusiera perpetuo silencio y las costas:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza dictó sentencia en 24 de Abril de 1890, confirmatoria con las costas de la del Juez de primera instancia, declarando que D. José Pascual podía disponer, como lo hizo, de los bienes de que dispuso en la escritura de 6 de

Marzo de 1882, absolviendo por tanto á los demandados D. Manuel Fraca Torres y Doña Lucía Aznar Sagarra, D. Ramón Adán Gascón y Doña Francisca Fraca Aznar, respectivos cónyuges, de la reclamación deducida por Doña Gregoria Pascual y consortes, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Gregorio y D. Mariano Pascual Dueñas y D. Gregorio Martínez Bona, como marido de Doña Antonia Tabuenca, han interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El principio *dicat testator et erit lex,* proclamado por sentencias de este Supremo Tribunal, entre ellas las de 16 de Enero y 24 de Marzo de 1863, 14 de Mayo de 1864, 27 de Febrero de 1865 y 27 de Diciembre de 1869; la ley 5.ª, tít. 23, Partida 1.ª, que ordena se atienda en primer término á las palabras, y en segundo al espíritu que animase al testador para interpretar su voluntad; la jurisprudencia constante en el mismo sentido en los fallos de 12 de Octubre de 1866, 16 de Noviembre de 1867 y otros, y el principio *verba cum effectu sunt accipienda*; en relación con el testamento de D. Gervasio Pascual, otorgado en 5 de Octubre de 1834 y con el de Doña Manuela Royo, publicado en 9 de Octubre de 1839, toda vez que la sentencia se separaba de lo claramente establecido en las expresadas últimas voluntades:

2.º El principio *quantum eis placuerit*, consignando en los fueros de *testamentis nobilium* y de *testamentis civium*, según los que el hijo no puede conceptuarse desheredado ni reclamar nada con tal de que no se le olvide por completo en beneficio de un extraño, cuyas disposiciones infringía subsidiariamente el fallo recurrido al declarar que, aun interpretando la voluntad de la causante en el sentido que pretendían los recurrentes, sería ineficaz por oponerse á las disposiciones forales, con lo que olvidaba al propio tiempo el principio de que si no se acredita oportunamente la nulidad de un acto no pueden reclamarse, ni por tanto reconocerse los derechos que nacen de ella, sentencia de 26 de Abril de 1872; siendo así que en el presente caso nadie había reclamado la nulidad del testamento de Doña Manuela, ni de su cláusula de institución, por la cual en consecuencia había que pasar:

3.º Los artículos 27 y 35 de la ley Hipotecaria, y la 5.ª, tít. 30, Partida 3.ª, que demuestran que el tiempo transcurrido no podía causar á los recurrentes perjuicio alguno:

4.º Los artículos 399 y 403 de la citada ley, que prueban cumplidamente el error de derecho cometido por el Tribunal sentenciador al apreciar el expediente posesorio de 1882 en el sentido de que acreditaba la propiedad de D. José Pascual sobre las fincas cuestionadas, y el art. 149 del Reglamento de 18 de Octubre de 1846 y el 47 del de 30 de Septiembre de 1885, que demostraba un error semejante respecto del certificado catastral; desprendiéndose evidentemente de uno y otro documento el error de hecho en que también había caído la sentencia:

Y 5.º Las reglas 12, 13 y 17, tít. 34, Partida 7.ª, que hacen imposible la transmisión por D. José Pascual de un dominio de que carecía, y nula la obligación de 1885 (así dice).

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que no infringe la sentencia recurrida el principio *dicat testator et erit lex,* ni *quantun eis placuerit relincuendo*, invocados en los motivos primero y segundo, ni la doctrina establecida en las sentencias en los mismos citadas, porque D. Gervasio Pascual, en su testamento de 5 de Octubre de 1834, después de señalar á sus hijos la legítima, nombró heredera universal de todos sus bienes á su mujer Doña Manuela Royo, para que los disfrutara en pleno dominio y dispusiera de ellos *en sus hijos*, dándoles aquella parte que le pareciera por testamento, por donación ó por

cualquiera otro título, y la Sala al absolver á D. Manuel Fraca y colitigantes de la demanda de D. Gregorio Mariano Pascual y los suyos, ajusta su fallo a la voluntad del testador, toda vez que éste procedió con arreglo al fuero único de *testamentis civium*, reconoció que los hijos eran herederos forzosos de sus padres, que era legítima toda la herencia de éstos, y por ello á la heredera se limitó el derecho de disponer, facultándola únicamente para dar más ó menos parte á cada uno de los hijos, pero no para privarles de su derecho á poseer los bienes hereditarios, y como todo se deduce de la simple lectura de la cláusula testamentaria, la sentencia no lo contradice, y antes bien manda sea respetada la voluntad de D. Gervasio Pascual:

Considerando que lo propio acontece con relación al testamento de Doña Manuela Royo, publicado en 9 de Octubre de 1879, en el cual, respetando la voluntad de su difunto esposo, que no la facultó, como queda dicho, para privar á los hijos del dominio de los bienes, ni hacer otros llamamientos, dió por gracia especial á sus hijos D. José, D. Francisco, Doña María y Doña Manuela las fincas que constan determinadas, y dijo textualmente: «Item, dejo toda la demás hacienda para *mis dos hijos* y las *dos hijas*, partes iguales, y si éstos murieran antes que yo, á sus hijos, mis nietos y nietas, con la condición de que recaiga en mis nietos y nietas, á quienes dejo el dominio», y la Sala, al dictar la absolución ya expresada, se atiene á la voluntad de Doña Manuela Royo, puesto qué ésta cumplió lo dispuesto por su esposo D. Gervasio al dar por gracia los bienes indicados, que eran legítima de los hijos, y quería para éstos; y en partes iguales los demás bienes, haciendo institución en favor de los nietos y nietas, *para el caso de premorir los padres á la testadora,* con lo cual ésta demostró de un modo terminante que no olvidaba el derecho preferente de sus hijos á la legítima; que ésta no permitía gravamen ó condición que limitara lo que corresponde á los herederos forzosos, ya lo fueran en más ó menos parte, y el dominio que quiso para los nietos, requería que éstos fueran herederos en su caso, ó sea el que determinan las palabras «y si éstos (los hijos) murieran antes que yo», pues entendidas llanamente, impiden prospere la demanda, porque los hijos sobrevivieron á la madre, y la cláusula no ofrece duda, ni la tuvo Doña Manuela Pascual, hija de D. Gervasio, y madre de uno de los recurrentes, al vender una finca heredada á D. José Pascual, de modo que no hay necesidad de interpretarlo, y sí apreciar sus palabras como suenan;

Y considerando que siendo la sentencia arreglada á la voluntad de los testadores, la venta otorgada por D. José Pascual en 6 de Marzo de 1882 á favor de los demandados, es válida y no simulada, y al estimarla la Sala por medio de la absolución, no infringe los artículos de la ley Hipotecaria, ni las reglas de derecho de la Partida 7.ª, citadas en los motivos 3.º, 4.º y 5.º, ni incurre en el error de derecho que se le atribuye al apreciar el expediente posesorio de 1882, puesto que D. José Pascual adquirió por herencia de sus padres y venta que le otorgó su hermana Doña Manuela los bienes que enajenaba, y el expediente sirvió para hacerlo constar en el Registro de la propiedad, sin que se haya demostrado de un modo legal que era erróneo el juicio de la Sala, ni tampoco al declarar ésta que no se había probado que quedaran bienes proindivisos al fallecimiento de los padres, como se afirmó en la demanda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Gregorio y D. Mariano Pascual Dueñas y D. Gregorio Martínez, como marido de Doña Antonia Tabuenca, á quienes condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfarán si viniesen á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; no haciendo declaración sobre costas, por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación

correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 13 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 3 de Marzo del mismo año.)

44

Recurso de casación (14 de Febrero de 1891).—Sala tercera.—*Desahucio.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Manuel Laliena en pleito con D. José Martrué y otros (Juzgado de primera instancia de Huesca), y se resuelve:

Que según el art. 1729, núm. 9.º, en relación con la regla 1.ª del art. 1728 de la ley de Enjuiciamiento civil, no habrá lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley cuando se refiera á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido en el núm. 7.º del art. 1692.

Resultando que el Juez de primera instancia de Huesca dictó sentencia en 15 de Septiembre de 1890, confirmando con las costas la del Juez municipal de Alerre, y declarando no haber lugar al desahucio solicitado por D. Manuel Laliena y Buil de las fincas rústicas que llevaban en precario D. José Martrué y otros, por considerar que los demandados habían probado poseer con el carácter de dueños las fincas de que se trataba, y que por la escritura de compra otorgada por Laliena, no se probaba que adquiriese finca ninguna en cultivo:

Resultando que D. Manuel Laliena ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 1564 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues probado de una manera concluyente que el recurrente tenía indiscutiblemente la propiedad de los terrenos que llevaban en cultivo los demandados, y probado igualmente que éstos habían llevado los mencionados terrenos en precario, y que jamás habían tenido la propiedad de ellos, había debido acordarse el desahucio;

Y 2.º La jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal, consignada en las sentencias que se citan, de que la escritura de adquisición es título suficiente para solicitar el desahucio, sin que á ello pueda oponerse cuestión alguna, que en todo caso sería materia de otro juicio.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que según el art. 1729, núm. 9.º, en relación con la regla 1.ª del art. 1728 de la ley de Enjuiciamiento civil, no habrá lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley cuando se refiera á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido el núm. 7.º del art. 1692; y como en el presente caso el recurrente, haciendo supuesto de la cuestión, da por probado lo que no estima la sentencia, de aquí la improcedencia del mismo por no citarse ley ó doctrina referente al valor y eficacia de las mismas;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don Manuel Laliena y Buil, á quien se condena en las costas, devolviéndosele el depósito que ha constituído; publíquese este auto en la forma prevenida por la ley, y líbrese al Juzgado de primera instancia de Huesca la certificación correspondiente; y no ha lugar á lo pretendido por el Ministerio fiscal en el otrosí de su dictamen.—(Auto fecha 14 de Febrero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 12 de Marzo del mismo año.)

45

RECURSO DE CASACIÓN (16 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Testamento de palabra.*—No ha lugar al interpuesto por Doña María Almonacid (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

Que según el art. 694 del Código civil, el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno á lo menos sepa y pueda escribir; que como únicas excepciones de esta regla general que modifica nuestro antiguo derecho, se dispone en los artículos 700 y 701 de dicho Código que puede otorgarse testamento ante los testigos que respectivamente señalan, y sin necesidad ó sin intervención de Notario, si el testador se hallare en peligro inminente de muerte ó en caso de epidemia; y que comprendiendo ambos casos de excepción, se establece en el art. 702 que se escribirá el testamento siendo posible, *y no siéndolo, el testamento valdrá, aunque los testigos no sepan escribir:*

Que la formalidad de la escritura, de la que no cabe prescindir sino en el caso extremo de imposibilidad material, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador con arreglos ó confabulaciones ulteriores, dando al acto del otorgamiento mayores garantías; y que en tal concepto la falta de ese importante requisito no puede menos de afectar á la validez del testamento, toda vez que, según prescribe el art. 687 del mismo Código civil, será nulo el otorgado sin observarse las formalidades respectivamente establecidas en todo aquel capítulo:

Que los artículos 700 y 702 del Código civil guardan entre sí íntima relación y hay que apreciarlos juntamente:

Que el art. 687, que es el aplicable al caso de la referencia de aquéllos, porque el 705 trata del testamento autorizado por Notario, se refiere precisamente á la inobservancia de las formalidades *establecidas para cada caso:*

Que la ley no distingue entre las formalidades *y las* solemnidades *propias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indistintamente una y otra palabra, por ser sinónimas y referirse ambas á la forma ó modo de hacer el otorgamiento, como así lo demuestra el art. 699 de la misma sección.*

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Febrero de 1891, en los autos de jurisdicción voluntaria seguidos en el Juzgado de primera instancia de Cañete y en la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Albacete, por Doña María Almonacid Jiménez, viuda de D. Federico Ruiz López y vecina de Landete, en la provincia de Cuenca, sobre que se declare testamento lo manifestado de palabra por su esposo; autos pendientes ante Nos á virtud del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Doña María, y en su defensa y representación el Letrado D. Pedro Díaz Cassou y el Procurador D. Ignacio Santiago y Sánchez:

Resultando que D. Manuel Escamilla Aguilar, á nombre de Doña María Almonacid Jiménez y con fecha 8 de Noviembre de 1889, acudió con escrito al Juzgado de primera instancia de Cañete, exponiendo: que hallándose enfermo D. Federico Ruiz López en su casa habitación, situada en Landete, y en ocasión de encontrarse junto á su lecho la Doña María Almonacid Jiménez, su esposa, D. Joaquín Jiménez, D. Ricardo Mínguez y otras personas en la madrugada del dia 5 de Octubre, manifestó el Don Federico su decidido propósito de arreglar sus negocios de este mundo y del otro, rogándoles al efecto, con insistencia, llamasen al Notario y Cura párroco de la población; y habiendo acudido el Notario D. Nicasio Sánchez,

se acercó á la cama en que se hallaba D. Federico, el que le manifestó haberle mandado llamar con el objeto de hacer su testamento; para lo cual invitó á fin de que sirvieran como testigos del otorgamiento á D. Ricardo Mínguez, D. Fernando Valle, D. Francisco Huerta, D. Pedro Regalado Clemente y Dolz y D. José Acebrón, todos vecinos de Landete, que con otras personas se hallaban allí presentes; y preguntado el enfermo por el Notario en qué forma quería disponer de sus bienes, contestó D. Federico clara y distintamente que los dejaba todos á la María, su mujer; entendiéndolo así los testigos que estaban viendo al testador; ante cuya manifestación explícita y absoluta le advirtió el Notario si se los dejaba en usufructo ó sin condición alguna; contestando el interrogado que se los dejaba para que hiciese de ellos lo que quisiera; añadiendo que si la María quería dar algunos á su hermano, cuyo nombre no expresó, que se los diera; y preguntado también por el Notario qué era lo que quería disponer respecto á su funeral y bien de alma, nombramiento de albaceas y demás de costumbre, contestó el enfermo que dejaba el funeral á elección de su esposa, designando por albaceas á D. Joaquín Jiménez y á D. Ricardo Mínguez, que asimismo presenciaron el acto juntamente con los predichos testigos y otras personas; que al tiempo de expresar D. Federico su anterior voluntad testamentaria y siendo sobre las dos de la madrugada del indicado día 5, se hallaba en el completo uso de su razón, como tuvieron ocasión de observar todos los que estaban presentes; mas como quiera que el enfermo había tenido anteriormente á aquel acto algún delirio, que eclipsó la lucidez completa de su inteligencia por efecto de la enfermedad tifoidea que padecía, y le constaba al Notario por manifestación de la familia, y por el Médico de cabecera se había indicado la necesidad de una consulta, para la que habían sido llamados otros Facultativos, con el propósito de dar más garantías de solemnidad al acto realizado, y cediendo el Notario á un exceso de delicadeza profesional, dejó aplazada la suscrición del testamento hasta la llegada de los Médicos, á reserva de consignar siempre verbalmente la expresión de la voluntad del testador si éste experimentara algún ataque ó sucumbiese antes; razón por la que, y además por haberse presentado en aquel momento el Cura párroco, no se suscribió el testamento en el acto; que concluída la confesión y sobre las tres y media de la madrugada, continuando el enfermo completamente tranquilo y despejado, repitió ante las ya referidas personas sus manifestaciones anteriores acerca del destino de sus bienes y demás disposiciones testamentarias, añadiendo que deseaba que si tocaba la suerte de soldado al hijo de su mayoral de Utiel, el Rullo, le redimiera María, si lo tenía á bien, del servicio militar; continuando D. Federico en su estado de lucidez hasta las seis de la madrugada, en que le sobrevino un ataque, perdiendo por completo el conocimiento; en cuyo estado continuó hasta la una y media ó las dos de la madrugada del día 6 del mismo Octubre, en que falleció; por virtud de todo lo cual, y acompañando la certificación que acreditaba el fallecimiento, solicitó que, previo examen del Notario y testigos al tenor de los hechos expuestos, y resultando de sus declaraciones el propósito deliberado de otorgar D. Federico su última voluntad y las demás circunstancias prevenidas en el art. 1953 de la ley de Enjuiciamiento civil, se declarase testamento, sin perjuicio de tercero, lo que resultase de las declaraciones de dichos Notario y testigos; mandando protocolizar el expediente en la Notaría de Cañete á cargo de D. José Domínguez Sanz:

Resultando que ratificado el solicitante en el referido escrito, y después de haber presentado la partida de casamiento de D. Federico Ruiz con Doña María Almonacid, fueron examinados ante el Juzgado el Notario D. Nicasio Sánchez y los cinco testigos D. Ricardo Mínguez, D. Pedro Regalado Clemente, D. Fernando Valle, D. Francisco Huerta y D. José Ace-

brón, declarando el Notario su absoluta conformidad con las manifestaciones que ya quedan mencionadas, y añadiendo que la concurrencia de cinco testigos fué debida á requerimiento expreso del testador, que no contrarrestó, porque sobre constituir más solemnidad, podría servir para prevenir cualquier eventualidad como la ocurrida; que consideraba con capacidad á D. Federico en aquel acto, pero que no escribió el testamento por creer que le daría tiempo para hacerlo con las mayores solemnidades y garantías; no teniendo el declarante ningún escrúpulo para escribir el testamento en lo que se relacionaba con la capacidad intelectual del testador; y que las manifestaciones referidas las hizo el D. Federico en un solo acto, sin más interrupción que la que medió mientras se confesó; absolviendo también D. Ricardo Mínguez en la misma forma las referidas manifestaciones relacionadas con el propósito deliberado del enfermo de otorgar el testamento, para lo que fué requerido igualmente que los demás testigos; reconoció la unidad del acto y la capacidad del enfermo, expresándolo así en el doble concepto que tenía de Médico encargado de su asistencia, y contestó á otros particulares que se le preguntaron relacionados con la situación del enfermo, la de los testigos y tiempo invertido en la expresión de la última voluntad; y los otros cuatro testigos absolvieron también, de conformidad entre sí y con los dos anteriores, las manifestaciones relacionadas con la voluntad última del testador, su capacidad, expresión en un solo acto y cuantas más preguntas se le hicieron referentes á la posición del enfermo, habitación y cama que ocupaba, así como la que respectivamente tenían ellos:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó auto por el que acordó no había lugar á declarar testamento y por consiguiente á elevar á escritura pública las manifestaciones hechas por D. Federico Ruiz Lopez ante el Notario Sánchez Inza y los cinco testigos que le acompañaban en el referido acto; é interpuesta apelación por el apoderado de Doña María Almonacid, tramitada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, en auto de 17 de Mayo del año próximo pasado, confirmó con las costas y sin perjuicio de tercero el apelado:

Resultando que contra este auto se ha interpuesto por la representación de Doña María Almonacid Jiménez, con el correspondiente depósito, recurso de casación, alegando como infringidos:

1.º El art. 700 del Código civil, que no exige en el peligro inminente de muerte más solemnidad para que pueda otorgarse el testamento abierto que el que lo sea ante cinco testigos idóneos; en cuanto que en el caso de autos había peligro de muerte cuando se llamó precipitadamente á Notario y confesor, y tanto que á las pocas horas falleció el enfermo, que dispuso su testamento ante cinco testigos, requeridos é idóneos:

2.º El art. 702 del propio Código, por entender la Sala sentenciadora que aquél establece una solemnidad, siendo así, que sólo es una formalidad, y no para todo caso; pues para que el testamento lo sea basta que se cumpla con la prescripción del art. 700 que dispone esa solemnidad; y la falta de cumplimiento del 702 constituirá una infracción y un defecto, pero no todas las infracciones y defectos implican nulidad;

Y 3.º Los artículos 687 y 705 del expresado Código, que determinan las causas de la nulidad en general de todos los testamentos, y en especial de los abiertos, siendo nulos aquellos en que no concurren las solemnidades, y no los en que hay defecto de formalidades.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que, según el art. 694 del Código civil, el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno á lo menos sepa y pueda escribir; que como únicas ex-

cepciones de esta regla general que modifica nuestro antiguo derecho, se dispone en los artículos 700 y 701 de dicho Código que puede otorgarse testamento ante los testigos que respectivamente señalan, y sin necesidad ó sin intervención de Notario, si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, ó en caso de epidemia; y que comprendiendo ambos casos de excepción, se establece en el art. 702 que se *escribirá el testamento siendo posible*, y no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir:

Considerando que conforme estima la Sala sentenciadora, sin que contra su apreciación se cite como infringida ley ó doctrina legal alguna, *fué imposible escribir* y no se escribió el testamento de que se trata; que esa formalidad de la escritura, de la que no cabe prescindir sino en el caso extremo de imposibilidad material, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador con arreglos ó confabulaciones ulteriores, dando al acto del otorgamiento mayores garantías; y que en tal concepto la falta en este caso de ese importante requisito no puede menos de afectar á la validez del testamento, toda vez que, según prescribe el art. 687 del mismo Código civil, será nulo el otorgado sin observarse las formalidades respectivamente establecidas en todo aquel capítulo:

Y considerando por lo tanto que la sentencia recurrida, lejos de infringir, aplica rectamente los artículos del referido Código que se invocan por la parte recurrente; porque los dos primeros, ó sean los ya citados 700 y 702, guardan entre sí íntima relación y hay que apreciarlos juntamente; porque el 687, que es además el aplicable, pues el 705 trata del testamento autorizado por Notario, se refiere precisamente á la inobservancia de las *formalidades* establecidas para cada caso, y finalmente, porque la ley no distingue entre dichas *formalidades* y las *solemnidades* propias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indistintamente una y otra palabra, por ser sinónimas y referirse ambas á la forma ó modo de hacer el otorgamiento, como así lo demuestra el art. 699 de la misma sección:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Almonacid y Jiménez, á la que condenamos á la pérdida de la mitad del depósito constituído, devolviéndosele la otra mitad por no haber parte contraria que tenga derecho á percibirla; sin hacer declaración respecto á costas; y líbrese á la Audiencia de Albacete la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 16 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Marzo del mismo año.)

46

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (17 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesos.*—No ha lugar al interpuesto por Don Mariano Lavielle en pleito con D. Francisco López (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que lo que se gana en virtud de lícitas convenciones, se adquiere con arreglo á derecho y no torticeramente, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 17, título 34, Partida 7.ª

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Oeste de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma ciudad, por D. Francisco Arroyo y Echenagusia, y como cesionario del mismo por Don

Mariano Lavielle y Pirín, maquinista, de aquella vecindad, representado por el Procurador D. Celestino Armiñán y defendido por el Letrado Don José Espinosa, con D. Francisco López y García, de la misma vecindad, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre pago de pesos:

Resultando que D. Francisco Arroyo y Echenagusia dedujo demanda en 15 de Abril de 1885, que correspondió en turno al Juzgado de primera instancia del distrito del Prado, hoy del Oeste de la Habana, exponiendo que por encargo de D. Francisco López, contratista de las obras hechas en los almacenes de depósito de aquella ciudad, practicó en ellos algunos trabajos, compró los materiales y efectos de ferretería que se necesitaron, y pagó sus jornales á los operarios, importando todo por los conceptos indicados, y conforme á la cuenta que acompañaba, 8.926 pesos 50 centavos en oro, de los cuales D. Francisco López le había entregado á cuenta y en distintas partidas 1.759 pesos 80 centavos, y 2.000 que había pagado á la ferretería en que se tomaron los efectos; que terminados los trabajos, el demandante pretendió que López le abonara la diferencia que existía entre las cantidades referidas y el importe de la cuenta; y habiendo hecho algunos reparos, le propuso el nombramiento de peritos, á que no accedió; que el arrendatario de servicios estaba obligado al pago del precio convenido, y caso de que no existiera acuerdo sobre este punto, lo que determinasen peritos nombrados por las partes; y que el mandante tenía obligación de abonar al mandatario cuanto éste desembolsase por consecuencia del mandato; y ejercitando la acción personal, terminó suplicando que se condenase á D. Francisco López al pago de la cantidad de 8.921 pesos 50 centavos, precio de los trabajos de herrería hechos en los almacenes de depósito de la Habana, deduciéndose de esta cantidad 1.759 pesos 80 centavos en oro entregados á cuenta, y 2.000 pesos aproximadamente que el demandado pagó á la ferretería; y en caso de que no se conformase con el referido precio, se le condenase al abono de lo que se fijase por peritos en la forma prevenida por la ley:

Resultando que D. Francisco López y García impugnó la demanda, alegando que eran excesivas las tres primeras partidas por no haberse usado tornillos de las dimensiones á que las mismas se referían; que no estaba conforme con el precio, peso y medida de las partidas referentes á las rejas, hallándose comprendidos en ellas las puertas, postigos y pilarotes á que se referían las partidas 8.ª, 9.ª y 13, hallándose comprendida la 11 en el ajuste celebrado, puesto que Arroyo se comprometió á poner los materiales y el trabajo; y que practicada la liquidación con arreglo al convenio verbal que había tenido lugar, debía D. Francisco López al demandante la suma de 165 pesos:

Resultando que suministradas por las partes pruebas de testigos y peritos, y subrogado D. Mariano Lavielle en los derechos de D. Francisco Arroyo por virtud de remate que del crédito reclamado por éste se verificó á instancia de aquél en juicio seguido contra el mismo, sustanciado el pleito en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó en 20 de Septiembre de 1889 sentencia confirmatoria con las costas, condenando á D. Francisco López á pagar á D. Francisco Arroyo dentro de cinco días la suma que resulte después de liquidada la deuda, con arreglo á las bases siguientes: primera, importe íntegro de las partidas de las cuentas marcadas con los números 1.º, 2.º, 3.º, 10, 12 y 13; segunda, importe de las partidas marcadas con los números 4.º y 5.º, reduciendo el peso que expresan en libras á kilogramos, y calculando á 15 centavos cada uno de los kilos que resulten en la equivalencia; tercera, importe de las partidas marcadas con el núm. 6.º, reduciendo también el mismo número de libras que expresaba á kilos, y calculando éstos á 20 centavos; cuarta, importe de la partida marcada con el núm. 7.º, calculándose el mismo nú-

mero de metros cuadrados que expresa, á razón de 4 pesos oro cada uno; quinta, eliminación de las partidas marcadas en la cuenta con los números 8.º y 9.º; sexta, importe de la partida marcada con el núm. 11, rebajando de ella el precio del acarreo de los herrajes á que se referían las partidas 4.ª, 5.ª y 6.ª; séptima, rebaja del resultado numérico obtenido á virtud de las operaciones precedentes de la cantidad que D. Francisco Arroyo decía en su escrito de demanda haber recibido á cuenta:

Resultando que D. Mariano Lavielle ha interpuesto recurso de casación, fundado en dos conceptos ó motivos, el primero de los cuales, referente á la incongruencia de la sentencia con la demanda, no fué admitido por la Sala tercera de este Supremo Tribunal, citando en el segundo como infringida la regla 17 del derecho, tít. 34, Partida 7.ª, que dispone que nadie pueda enriquecerse con perjuicio de otro; toda vez que se condenaba al demandado á pagar al demandante como precio de alguna de las partidas que formaban las cuentas, base de la demanda, la que se declaraba como convenida en el contrato celebrado entre Arroyo y López, siendo así que este precio era inferior en mucho al que se había dado pericialmente á los trabajos que representaban esas mismas partidas, por donde resultaba que Arroyo, y hoy el recurrente como su cesionario, sufría con dicha sentencia un perjuicio que iba á enriquecer al demandado D. Francisco López.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que lo que se gana en virtud de lícitas convenciones, como estima la Sala que lo fué la que sirve de base á la sentencia, se adquiere con arreglo á derecho y no torticeramente, y que no son hechos reconocidos que del cumplimiento de tal convención resulte enriquecido D. Francisco López y perjudicado el recurrente, como éste asienta para alegar la infracción de la regla 17, tít. 34, Partida 7.ª;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Mariano Lavielle y Perín, á quien condenamos por razón del depósito al pago de la cantidad de 2.500 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; no haciendo declaración sobre costas por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Marzo del mismo año.)

47

Recurso de casación (17 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Reclamación de derechos legitimarios.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Carmen Clot en pleito con Doña María Sagués (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la cuestión de mediar lesión enormísima en la parte de herencia entregada es de hecho, y no cabe impugnar la apreciación que haga de la misma la Sala sentenciadora, si no se alega como infringida ley ó doctrina legal alguna.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, por Doña Carmen Clot y Armengol, autorizada por su marido D. Pedro Pagés y Plá, vecinos de San Andrés de Palomar, representada por el Procurador D. Luis de Figuerola y defendida por el Letrado D. Ri-

cardo Ventosa, con Doña María Sagués Delriu, como madre y representante legal de D. Pedro Armengol y Sagués, de la misma vecindad, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre reclamación de derechos legitimarios:

Resultando que en escritura de capitulaciones de 22 de Mayo de 1826, otorgada con motivo del matrimonio de D. Pedro Armengol y Sabadell con Doña Paula Boada Miralles, recibió ésta en pago de todos sus derechos de legítima paterna y materna 200 libras, una cómoda de madera, ropas y vestidos correspondientes, todo lo cual aportó en dote á su marido, quien la hizo un aumento de 100 libras:

Resultando que convenido el matrimonio de Doña María Agustina Armengol y Boada, hija de los anteriores, con D. Francisco Clot, D. Pedro Armengol y Sabadell, en escritura de 3 de Julio de 1855, prometió entregar á su hija el día de la celebración de aquél 200 libras catalanas, que la servirían en pago de todos sus derechos de legítima paterna y materna, suplemento de ella y parte de esponsalicio y demás que la pudieran corresponder en los bienes de sus padres, pero sin que esta cantidad debiera servir de tipo para el señalamiento de legítima de otros hijos ni hijas del expresado D. Pedro Armengol; y que en 7 de dicho mes, los ya consortes D. Francisco Clot y Doña María Armengol firmaron carta de pago á favor de su suegro y padre respectivo de la cantidad de 200 libras catalanas que recibían en el acto, en cumplimiento de lo convenido en las capitulaciones matrimoniales y en pago y satisfacción de todos los derechos de legítima paterna y materna que á la citada Doña María Armengol pudieran corresponder en los bienes de sus padres, imponiéndose silencio y callamiento perpetuo, con pacto firmísimo de no pedir cosa alguna más en su razón:

Resultando que D. Pedro Armengol y Sabadell falleció en 3 de Junio de 1864, con testamento otorgado en 10 de Junio de 1861, en el que después de legar á cada una de sus hijas solteras María y Joaquina la cantidad de 200 libras, pagaderas cuando tomasen estado, en satisfacción de sus derechos legitimarios en la misma conformidad que se hubiese verificado con las otras dos hijas María Agustina y Matilde, de modo que las cuatro hubiesen recibido lo mismo, nombró heredero universal á su hijo D. Pedro Armengol y Boada, el cual, en 28 de Junio de 1864, formalizó inventario de los bienes dejados por su padre, fijando el valor de los mismos en 110.509 reales:

Resultando que en 7 de Julio de 1872 falleció D. Pedro Armengol y Boada, con testamento otorgado en el mismo día ante el Cura párroco de San Andrés de Palomar, en el que instituyó heredero univesal á su hijo Pedro Armengol y Sagués, sustituyéndole para los casos que expresó á su otro hijo Francisco y después á su hija María, designando por tutores de todos á su madre Doña María Sagués y á D. Antonio Rovellat:

Resultando que Doña Carmen Clot y Armengol, hija de D. Francisco Clot y Doña María Agustina Armengol, fué declarada por auto de 27 de Junio de 1887, dictado por el Juez de primera instancia del distrito de San Pedro de Barcelona, heredera abintestato de su madre Doña María Agustina Armengol y Boada, y al mismo tiempo heredera abintestato de su abuela Doña Paula Boada Miralles, en cuanto á una quinta parte, en representación de su dicha madre:

Resultando que en 14 de Noviembre del propio año 1887 Doña Carmen Clot y Armengol, consorte de D. Pedro Pagés, dedujo la demanda objeto de estos autos, en la que consignando los hechos que quedan referidos, expuso que ni ella ni su difunta madre y causante habían percibido la quinta parte de la herencia intestada de Doña Paula Boada y Miralles, que en la actualidad poseía D. Pedro Armengol y Sagués, y por su menor edad su madre Doña María Sagués y su curador D. Antonio Rovellat; que consti-

tuían la herencia intestada de Doña Paula Boada, además de lo que se justificaría en el período de prueba, la parte que aportó á su matrimonio con D Pedro Armengol y Sabadell, y el aumento que éste la hizo; que la difunta Doña María Agustina sólo habia recibido de su padre 200 libras catalanas que la señaló en dote en sus capítulos matrimoniales, única cantidad que había recibido de la tercería de su padre, y como que siendo cinco los hijos que dejaba, no llegaba, como justificaría cumplidamente, á lo que en concepto de legítima correspondía á la madre de la demandante, de quien ésta era heredera, resultaba evidente que la asistía el derecho de reclamar de la herencia de D. Pedro Armengol y Sabadell lo que faltase para completar los derechos legitimarios; y que en la actualidad el poseedor de los bienes del abuelo de la demandante era D. Pedro Armengol y Sagués; pidiendo en su virtud que se declarasen sin ningún valor ni efecto las renuncias hechas por la madre de la demandante en la escritura de capitulaciones de 3 de Junio de 1855, condenando en su consecuencia á Doña María Sagués y D. Antonio Rovellat, como tutores y curadores de D. Pedro Armengol y Sagués, á entregar á la demandante la quinta parte del caudal hereditario de su abuela Doña Paula Boada Miralles, que le correspondía percibir como heredera de abintestato de su madre Doña María Agustina Armengol y Boada, y además el suplemento de legítima de la herencia de D. Pedro Armengol y Sabadell, su abuelo, consistente en una quinta parte de la cuarta de la misma, con los intereses legales y frutos producidos y podidos producir desde la muerte del testador D. Pedro Armengol y Sabadell, con las costas del juicio:

Resultando que Doña María Sagués, como representante de su hijo menor, impugnó la demanda, alegando que Doña María Agustina Armengol, además de las 200 libras que percibió por su matrimonio, recibió una cómoda, ropas y demás apéndices nupciales, por valor de 200 libras, sin que ninguna de las demás hijas del testador hubiera recibido mayor cantidad que la expresada por él en pago de todos sus derechos; que no se expresaba en la demanda ni se justificaba la que por razón de aquéllos hubiera correspondido á cada una de las cuatro hijas de D. Pedro Armengol y Sabadell en cantidad distinta ó superior á la que recibió la madre de la demandante, limitándose á manifestar que la cantidad entregada no llegaba, á su juicio, á lo que en realidad la correspondía, por lo cual se limitaba á negar este hecho consignando en apoyo de su negativa, que sobre el pequeño patrimonio de D. Pedro Armengol y Sabadell pesaban varias deudas, de que hizo mérito, y además un censo de pensión anual de 50 libras, y oponiendo á la demanda las excepciones de falta absoluta de derecho y acción, y pacto ó promesa de no pedir, y subsidiariamente la de prescripción, pidió que se la absolviese de la demanda, con imposición á la demandante de perpetuo silencio y las costas:

Resultando que suministradas por las partes pruebas de testigos y peritos, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 9 de Mayo de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, absolviendo á Doña María Sagués Delriu, en la calidad de madre y representante legal de D. Pedro Armengol Sagués, de la demanda interpuesta por D. Pedro Pagés y Plá, en representación de su mujer Doña Carmen Clot y Armengol:

Resultando que Doña Carmen Clot y Armengol ha interpuesto recurso de casación por tres conceptos ó motivos, de los cuales el primero, referente á la reclamación del suplemento de legítima de Doña María Agustina en la herencia de su padre, no ha sido admitido por la Sala tercera de este Tribunal, por fundarse en la afirmación de la existencia de la lesión enormísima contra la que en uso de sus facultades hace la sentencia, habiendo citado en los demás como infringidos:

2.º En cuanto la sentencia absuelve al demandado de la reclamación relativa á la quinta parte de la herencia de Doña Paula Boada y Miralles la doctrina legal de que, según la legislación vigente en Cataluña, son nulas las renuncias de derechos legitimarios que causan lesión enormísima, y que el derecho á pedir esta nulidad no prescribe hasta los treinta años; sentencias de 21 de Diciembre de 1866, 11 de Julio de 1873, 28 de Septiembre de 1880, 7 de Febrero de 1884 y 11 de Junio de 1889; pues según la escritura de capitulaciones de 1826, Doña Paula Boada aportó al matrimonio 200 libras catalanas, una cómoda y las ropas, y su marido la reconoció además como aumento de dote otras 100 libras, de modo que por lo menos era indudable que correspondía por este concepto á la demandante, como heredera abintestato de su madre Doña María Agustina, 60 libras catalanas y una quinta parte del valor de la cómoda y ropas referidas:

Y 3.º En cuanto la sentencia absuelve al demandado de la reclamación relativa á los intereses ó frutos del suplente de legítima á que tenía derecho Doña Carmen Clot por la herencia de su abuelo y por la tercera parte de los bienes de su abuela, la Novela 18, cap. 3.º, y la doctrina legal admitida por este Tribunal Supremo en innumerables sentencias que no era necesario invocar, según lo cual, los legitimarios acreditaban desde la muerte la legítima que no les había sido satisfecha.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que son inaplicables y no han podido por ello infringirse las doctrinas legales y Novela de Justiniano invocadas en los dos motivos de que esta Sala conoce, porque tanto dichos motivos, como el otro que no fué admitido, parten del supuesto, negado en la sentencia, de haber mediado lesión enormísima en la suma que con pacto expreso de no pedir más recibía Doña María Agustina Armengol, madre de la recurrente, en pago y satisfacción de todos los derechos que por legítima paterna y materna pudieran corresponderle, y porque contra la apreciación del Tribunal sentenciador resolviendo esa cuestión de hecho, que es el fundamento del recurso, no se alega como infringida la ley ó doctrina legal alguna;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Carmen Clot y Armengol, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, no haciendo declaración sobre costas, por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 13 de Marzo del mismo año.)

48

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad.*—No ha lugar al interpuesto por D. Antonio Vallés en pleito con la Sociedad Mac Andrews y Compañía (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que no es de estimar la infracción del art. 53 del antiguo Código de Comercio, si la Sala sentenciadora lo toma en cuenta para estimar la demanda, por hallarla conforme con el resultado de los libros en debida forma llevados por el actor, y á los cuales no ha opuesto prueba alguna el demandado:

Que no habiendo habido la paga no puede infringirse la ley 1.ª, tít. 14, Partida 5.ª, que á la paga se refiere:

Que la demora en satisfacer el precio en las ventas al contado constituye

al deudor en la obligación de satisfacer el rédito legal, según previene el artículo 375 del antiguo Código de Comercio:

Que no son aplicables al caso los artículos 3.º y 4.º de la ley de 14 de Marzo de 1856.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Febrero de 1891, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia de Tarragona, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por la Sociedad Mac-Andrews y Compañía, del comercio de dicha ciudad de Barcelona, con sucursal en la también mencionada Tarragona, con D. Antonio Vallés y Vidal, asimismo del comercio, vecino de Constante, sobre pago de cantidad por saldo de una cuenta corriente; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Vallés, y en su nombre el Procurador D. José María Cordón, siendo su Letrado defensor D. José Atanasio Rodríguez del Valle; representando y defendiendo á su vez á la parte recurrida el Procurador D. José María Aguirre y el Letrado D. José Martínez Agulló:

Resultando que con fecha 14 de Agosto de 1883, previo acto de conciliación sin avenencia, formuló la Sociedad Mac-Andrews y Compañía ante el Juzgado de primera instancia de Tarragona demanda contra D. Antonio Vallés y Vidal, exponiendo: haber tenido lugar entre éste y aquella Sociedad, durante unos dos años, diferentes operaciones de compraventa mercantil, las que motivaron, por no saldarse al contado, la formación de la oportuna cuenta corriente; observándose al proceder á los trabajos preliminares para formar el balance anual de dicha casa desde 1.º de Junio de 1881 para cerrarle con fecha 30 de igual mes de 1882, adeudar Vallés la crecida cantidad de 14.000 y pico de pesetas; por lo cual, en 28 del mes y año últimamente mencionados, escribieron á aquél los demandantes rogando entregara á la mayor brevedad el expresado débito; y como no obtuviesen contestación, le volvieron á escribir el 5 del siguiente mes de Julio, que hiciera un esfuerzo para pagar el saldo de 14.308 pesetas 88 céntimos, por no poder de ninguna manera quedar en descubierto al cierre de aquel balance; y á consecuencia de las indicadas cartas entregó Vallés á cuenta 2.500 pesetas en 14 del citado mes de Julio, y otras 2.000 en 28 del mismo, librándosele recibo de aquellas cantidades por el representante de la casa, con quien convino Vallés en que ambas, importantes en junto 4.500 pesetas, figuraran en el mencionado balance como entregadas el 30 del antedicho mes de Junio, fecha de su cierre; efectuándose así y quedando á deber Vallés el enunciado día 9.615 pesetas 93 céntimos; que en 23 de Agosto del propio año 1882 dirigió la Sociedad nueva carta á Vallés incluyéndole el extracto de la referida cuenta corriente de 30 de Junio, sin que solventase su deuda, con cuyo motivo le volvieron á escribir en 20 de Septiembre, y en su virtud entregó Vallés el 10 de Octubre otra suma de 2.500 pesetas, de que también se le libró recibo, bajando, por consiguiente, el saldo á 7.557 con 91 céntimos, según el extracto de cuenta corriente, igualmente adjunto, cerrado en 7 de Junio de 1883, cuyo reintegro no había podido obtenerse á pesar de las cartas al efecto dirigidas á Vallés, quien ni siquiera dió contestación á las mismas; que mediante los contratos de compraventa entre Mac-Andrews y Vallés, era evidente deber éste satisfacer, como comprador, el precio, ó lo que de él restara, en el tiempo y forma estipulados, y en defecto de plazo, desde luego, según las leyes 11, 55, 20 *in fin;* 13, 55, 20 *C. de act. emp;* 13, 55, 20 *et* 21 *D. de act. emp.;* 5 *Cód. de act. emp,* y el art. 372 del Código de Comercio; teniendo fuerza de ley entre las partes contratantes los convenios contraídos por personas capaces sobre objetos lícitos, conforme á las leyes 23, *D. de reg. jur.;* 1.ª, tít. 11, Partida 5.ª y diversas sentencias de este Tribunal Supremo

confirmando esta doctrina; y debiendo ejecutarse y cumplirse los contratos de buena fe, según los términos en que fueron hechos, con arreglo á la ley 1.ª, *Cód. de oblig. et act.*, y al art. 247 del citado Código de Comercio; buena fe á que se faltaría, así como á la ley del contrato y á las más rudimentarias reglas de equidad, si Vallés pretendiese que una misma cantidad abonada ya en cuenta corriente con fecha 30 de Junio de 1882 se le abonase de nuevo en el siguiente mes de Julio, sin que aquél pudiera presentar recibo alguno de la Sociedad, que siempre lo expedía de las cantidades recibidas, de la repetida fecha de 30 de Junio de 1882; que nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro, principio que quedaría barrenado en el indicado caso; que pertenecen á la clase de mercantiles las compras de cosas muebles hechas con objeto de adquirir sobre ellas algún lucro revendiéndolas, constituyendo al comprador la demora en el pago del precio de lo comprado, en la obligación de pagar el rédito legal de la cantidad adeudada al vendedor desde el día en que debió verificarse aquél, de conformidad á los artículos 359 y 375 del Código de Comercio, viniendo por ello obligado Vallés al abono de intereses de lo que adeudaba desde el día en que debió verificar el pago; y era patente la temeridad de éste, que en su virtud debía ser condenado en todas las costas; por todo lo cual, ejercitando las acciones personales nacidas de los precedentes fundamentos, concluyó la Sociedad demandante solicitando se condenase al D. Antonio Vallés á pagarla la cantidad de 7.557 pesetas 91 céntimos como saldo de cuenta corriente, ó aquella mayor ó menor que acaso resultase en vista de las pruebas hacederas, con más los intereses legales de la que resultara deber como deuda principal, desde el 7 de Junio de 1883, fecha de la última cuenta corriente, y las costas del juicio:

Resultando que á la anterior demanda acompañó la parte actora copias de varias cartas que aparecen dirigidas por la Compañía demandante desde Tarragona á D. Antonio Vallés, diciéndole: en la primera de ellas, de 28 de Junio de 1882, que precisando á la buena marcha de aquella casa el ingreso en la época del balance de todas las cantidades pendientes de cobro, le rogaban procurase extinguir á la mayor brevedad el débito por géneros vendidos al mismo; en la segunda, de 5 de Julio, también del 82, no haber recibido contestación á la del 28 del anterior mes, teniendo precisión de recordarle ascender el saldo de su cuenta á favor de la casa, en fin de Junio, á 14.308 pesetas 88 céntimos, cantidad que de ninguna manera podía quedar en descubierto al cerrar aquélla balance, expresando hacía un esfuerzo para hacerlo efectivo; y en la tercera, de 23 de Agosto del mismo año, remitir á Vallés extracto de su cuenta corriente hasta 30 de Junio anterior, y pasar el saldo de 9.615 pesetas 93 céntimos, que á favor de la casa arrojaba, para el débito de aquél, como primera partida de cuenta nueva, sirviéndose examinarla y exponer en breve su conformidad ó reparos, recordándole en otras cuatro cartas posteriores el pago de su deuda, invitándole á que se personase en la casa de la Sociedad en Tarragona, y manifestándole, por último, en una nueva carta de 24 de Abril de 1883, la precisión de que fuera á citada casa en aquella semana, pues no se podía pasar más tiempo en aquel estado de dudas, y que si el sábado 28 del mes que corría no lo hubiese hecho, tendrían que pensar no quería ir y se verían obligados á tomar otras medidas, suplicándole evitase que hubieran de recurrir á ellas, siendo también adjuntas á la referida demanda, copias del extracto de cuenta corriente de la con repetición mencionada fecha de 30 de Junio de 1882, en la cual aparece contra Vallés el saldo anteriormente expresado de 9.615 pesetas 93 céntimos, figurando entre las partidas que forman el Debe de éste, la de 100 pesetas por intereses hasta la fecha, y entre las de su Haber la de 4.500, por entrega en efectivo el citado día 30 de Junio de 1882, y de otro extracto de cuenta fechada en 7 de

Junio de 1883, en que obra como primera partida del Debe de Vallés en 1.° de Julio del 82, la antedicha de 9.615 pesetas 93 céntimos; y como segunda y última la de 4.041 con 98, por intereses hasta dicha fecha de 7 de Junio de 83, y en el Haber abonada por entrega en efectivo de 2 de Octubre de 1882, la de 2.500 pesetas, siendo el saldo á favor de Mac-Andrews y Compañía de 7.557 con 91 céntimos:

Resultando que contestando Vallés la demanda, alegó: que era cierto haber celebrado con Mac-Andrews y Compañía diferentes operaciones mercantiles de compra, sin saldarlas al contado, según costumbre en el comercio, motivando esto la formación de cuenta corriente, de la que le pasó extracto la citada casa en 30 de Junio de 1882, pero no lo era arrojase el balance, en tal fecha, un saldo á favor de la misma de 14.000 y pico de pesetas, pues del aludido extracto sólo resultaba el de 9.615 con 93 céntimos, habiéndolo satisfecho posteriormente Vallés en su mayor parte, y no en su totalidad por no haber querido abonarle Mac-Andrews y Compañía las cantidades de 2.500 y 2.000 ptas. satisfechas en 14 y 28 de Julio de 1882 según los documentos acompañados, por hallarse en el Debe una partida, de azufre importante 11.738 pesetas 43 céntimos, al precio de 28 reales y medio el quintal, debiendo ser éste de 28 reales, rebajando la indicada suma á 11.533 pesetas, y por estar incluída en el propio Debe, con el nombre de intereses, otra partida importante en el extracto de cuenta de 30 de Junio de 1882, la suma de 100 pesetas, que se hacía ascender á 441 y 98 céntimos hasta 7 de Junio de 1883, con lo que percibirían los demandantes intereses de intereses, aun cuando se había procurado agregar los primeros al capital, sin que hubiera pacto ni condición que le obligara á satisfacer tales intereses en el caso de no pagar al contado el importe de las mercaderías compradas; que aun admitiendo por el momento las cantidades impugnadas del extracto de cuenta corriente, y en su consecuencia el saldo de la misma, según ella debía el demandado en 30 de Junio de 1882, 9.615 pesetas 93 céntimos, y deduciendo de esta suma las 4.500 entregadas en 14 y 28 de Julio del propio año, y las otras 2.500 que lo fueron en 10 de Octubre posterior, según recibos adjuntos á aquel escrito, quedaría rebajado dicho saldo á 2.615 pesetas 93 céntimos; pero deducidas también la de 100 pesetas por intereses, y la de 205 con 50 céntimos por la diferencia en el precio del azufre, sólo restaba á Mac-Andrews y Compañía, la de 2.310 con 43 céntimos: que las ventas pueden hacerse al contado y al fiado, quedando en este último caso dueño el comprador de la cosa vendida desde el momento de su entrega por el vendedor, según sentencias de este Tribunal Supremo de 21 de Febrero y 14 de Diciembre de 1861, y cuando dichas ventas se ajustan al fiado no viene obligado el comprador á entregar el precio en el acto de recibir la cosa, ni tampoco puede exigirle el vendedor, no habiendo plazo estipulado, sino diez días después de pedir aquél, según los artículos 372 y 374 del Código de Comercio; que se reputan intereses toda prestación pactada á favor de un acreedor, pudiendo sólo reclamarse á no existir pacto desde la contestación á la demanda judicial, de conformidad á los artículos 3.° y 4.° de la ley de 14 de Marzo de 1856, y las 35 y 37, *Digesto de usura;* que el deudor puede hacer el pago por partes, consintiéndolo el acreedor, en cuyo caso queda extinguida la obligación en lo que haya sido pagado, con arreglo á las leyes 21, *Digesto de rebus credit.*, 12, párrafo primero, 117, *Digesto de verb. sing.*, 15, *Digesto gend. mod. pig. solv.*, y 9, párrafo primero, *Digesto de solut.;* siendo uno de los medios para legitimar el pago de deudas el recibo del acreedor y las notas de haberse satisfecho; y que aplicando lo anteriormente expuesto á la demanda de Mac-Andrews y Compañía, resultaba que, según documento librado por los actores, Vallés les debía en 30 de Junio de 1882 la suma de 9.615 pesetas 93 céntimos, habiendo sido satisfechas según recibos ex-

pedidos por la misma casa, 2.500 en 14 de Julio del citado año; 2.000 en 28 de iguales mes y año, y otras 2.500 en 10 del siguiente Octubre; no procediendo hasta la contestación á la demanda pago de interés alguno, y no siendo de consiguiente abonables la partida de 100 pesetas imputada en tal concepto en la cuenta corriente de 1882 y la de 441 con 93 céntimos, que aparecía también en el mismo concepto en el extracto de fin de aquel año económico, sin ser por otra parte exacta la cantidad señalada en la aludida cuenta corriente de 1881 á 1882 por compra de azufre, debiendo rebajarse de ella 205 pesetas, é importando en su consecuencia el resto que había de satisfacer Vallés para extinguir su deuda, las anteriormente dichas 2.310 pesetas 43 céntimos, que consignaba desde luego en la mesa del Juzgado para su entrega al acreedor, ó consignación en otro caso en la Caja de Depósitos; en mérito á todo lo cual, oponiendo á la demanda las excepciones correspondientes, solicitó se le absolviera de ella en los términos en que venía formulada, declarando completamente saldado el crédito de los actores contra el demandado con las 2.310 pesetas 43 céntimos consignadas á disposición de aquéllos, á quienes se mandasen entregar desde luego ó depositar si se negaran á admitirlas en la Caja de Depósitos, á riesgo y ventura de los mismos, á quienes se impondría silencio y callamiento perpetuo, condenándoles al pago de todas las costas:

Resultando que además de consignar la suma expresada que se mandó entregar y entregó, sin entenderse prejuzgada cuestión alguna, á la parte actora, presentó la demandada, con el escrito de contestación que ahora se acaba de referir, el extracto de cuenta corriente fecha 30 de Junio de 1882, cuya copia se acompañó á la demanda, y tres recibos expedidos á favor de D. Antonio Vallés, por Mac-Andrews y Compañía, en Tarragona, con las respectivas fechas de 14 y 28 de Julio de 1882 y 10 de Octubre del mismo año, por las cantidades de 2.500 pesetas el primero de ellos, 2.000 el segundo y 2.500 el tercero y último:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron Mac-Andrews y Compañía y Vallés en que se fallase el pleito como cada uno lo tenía pretendido, dándose por recibida á cuenta de la cantidad reclamada, según los primeros, la suma consignada y entregada á su parte, reproduciendo y adicionando sin modificación esencial sus respectivas alegaciones; negando la parte actora que reclamara intereses de intereses, así como que el precio del azufre á que se refería la partida de su razón, impugnada de contrario, debiera ser inferior á 28 reales y medio el quintal; y abierto el período de prueba, el D. Antonio Vallés absolvió posiciones, declarando entre otros particulares: que era cierto había mediado entre el mismo y la Sociedad demandante distintas operaciones mercantiles de compraventa de mercaderías, las cuales revendía el declarante más al por menor, dando lugar aquellas operaciones á que cada parte contratante formase su respectiva cuenta; que si no pagaba al contado era por entregársele los géneros á comisión; que si bien habia recibido varias cartas de Mac-Andrews y Compañía, no recordaba si eran las mismas acompañadas por copia á la demanda; pero en 30 de Junio de 1882, D. Shirley Mac-Andrews le entregó la cuenta corriente hasta aquella fecha, entregándole recibo de todas las cantidades pagadas por el que declaraba desde la propia fecha, cuyos recibos le exigió por referirse á negocios que hacía en compañía de otra persona; que á consecuencia de las cartas que le dirigieron los repetidos Mac-Andrews y Compañía en 28 de Junio y 5 de Julio de 1882, pidiendo los entregase la mayor suma posible, para que no figurara con un debito tan considerable en el balance que estaban confeccionando y debía cerrarse en la enunciada fecha de 30 de Junio de aquel año, les entregó dos partidas, una de 2.500 pesetas en 14 de Julio, y otra de 2.000 el 25 del mismo mes, en parte del saldo que arrojaba la cuenta corriente; que sólo le firmaron

recibo de las dos cantidades expresadas; que el día en que, según el declarante, recibió de Mac-Andrews y Compañía el extracto de cuenta corriente, no les hizo entrega de cantidad alguna en efectivo, y que no era cierto hubiese recibido la carta de 23 de Agosto de 1882 acompañada por copia á la demanda:

Resultando que en la misma prueba de la parte actora se cotejaron con los libros copiadores de cartas de Mac-Andrews y Compañía, las adjuntas, asimismo en copia, á la demanda, apareciendo conformes unas y otras; é igualmente se cotejó con la existente en el Libro Mayor de la propia Compañía debidamente encuadernado, foliado y sellado con el del Juzgado, la copia de cuenta corriente producida también con la demanda, hallándolo enteramente conforme, excepto decir donde se leía, en esta última, en la partida del *Debe* fecha 31 de Diciembre: «daño en letras sobre Barcelona», y «daño en tres letras sobre Barcelona», y figurar en la copia, con fecha 30 de Junio de 1882, 100 pesetas por intereses, y en el libro 357 con 23 céntimos, consistiendo, según se hizo constar en la diligencia, en anotarse en la cuenta dichos intereses sólo hasta la fecha de la misma y en el libro los correspondientes hasta el 31 de Diciembre de 1882; y en la prueba del demandado, además de examinarse los testigos que al efecto presentó, la parte actora reconoció la legitimidad del extracto de cuenta corriente y recibos que se acompañaron al escrito de contestación:

Resultando que corridos los traslados de conclusiones, dictó el Juzgado de primera instancia de Tarragona sentencia, por la cual condenó á D. Antonio Vallés Vidal á que dentro del término de diez días pagase á la razón social Mac-Andrews y Compañía la cantidad de 7.557 pesetas 91 céntimos, como saldo de cuenta corriente, abonándole á cuenta de esta suma la de 2.310 pesetas 43 céntimos, que dicho Vallés consignó con su contestación á la demanda, y se entregó á aquélla con más los intereses legales de toda la deuda principal desde 7 de Junio de 1883, fecha de la última cuenta corriente hasta el día en que consignó la referida suma, y los del resto del saldo principal que continúa adeudando hasta la fecha del efectivo pago, sin hacer especial condena de costas, cuya sentencia confirmó, en grado de apelación con las de la segunda instancia, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por la que pronunció en 25 de Octubre de 1889, entendiéndose que la deuda principal á que en aquélla se alude para los efectos de devengar intereses desde el 7 de Junio de 1883 hasta el 16 de Noviembre del mismo año, debe ser la cantidad de 7.095 pesetas y 93 céntimos, y el resto del saldo principal á que también se hace referencia por tener que devengar intereses desde el 16 de Noviembre de 1883 hasta su efectivo pago, consistente en la suma de 5.227 pesetas con 48 céntimos:

Resultando que D. Antonio Vallés y Vidal ha interpuesto recurso de casación, apoyado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando haberse infringido en la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona:

1.º El art. 53 del Código de Comercio, reformado por Real decreto de 6 de Diciembre de 1868, vigente en la época en que el pleito se incoó; en el concepto de haber prescindido la Sala sentenciadora de sus terminantes disposiciones, según las que los libros de comercio, cuando tengan todas las formalidades legales, esto es, cuando se hayan cumplido los preceptos contenidos en los precedentes artículos 21, 32, 33, 36 y 41, serán admitidos como medios de prueba en las contestaciones judiciales, y sus asientos justificarán todo lo que en ellos se exprese contra el que los hubiere exhibido; prescripción eludida por la Audiencia de Barcelona al no estimar como verdad lo justificado en aquellos libros, ó sea que D. Antonio Vallés y Vidal sólo debía á Mac Andrews y Compañía en 30 de Junio de 1882 la cantidad de 9.615 pesetas 93 céntimos:

2.º La ley 1.ª, tít. 14, Partida 5.ª, que se ocupa del cumplimiento por parte del deudor de lo que está obligado á dar ó hacer, modo más sencillo y natural de disolver las obligaciones, diciendo: «Paga tanto quiere dezir como pagamiento que es fecho á aquel que debe rescibir alguna cosa, de manera que finque pagado della ó de lo quel deven facer. E tiene esto grand pro al debdor, porque cuando paga la debda ó le quitan della fincan libres... de la obligación en que crean obligados, porque lo debían dar ó facer»; mediante no haber apreciado la Sala sentenciadora los documentos presentados por D. Antonio Vallés, que justifican entregó cantidades con posterioridad al día 30 de Junio de 1882, ya directamente á la casa demandante, ó ya por la consignación que verificó al contestar la demanda:

3.º El art. 375 del citado Código de Comercio, y los 3.º y 4.º de la ley de 14 de Marzo de 1856; el primero de ellos en el sentido de haberse supuesto, con evidente error, que las ventas hechas por la casa Mac-Andrews y Compañía á Vallés fueron al contado, aplicando en su consecuencia indebidamente aquel artículo que obliga al comprador al pago de intereses, no desde que se llevó las mercaderías, sino desde que debe verificarse dicho pago, con arreglo á los términos del contrato; y los segundos, por contradecirse su letra y espíritu, de que los intereses se devengarán sólo desde la interpelación judicial cuando otra cosa no se hubiese convenido;

Y 4.º El art. 1692, en su caso 7.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, por incurrir la sentencia en error de hecho; origen á la vez de las demás infracciones legales enunciadas al apreciar las únicas pruebas practicadas por el actor y el demandado, con relación á los puntos concretos objeto del recurso, demostrándolo así documentos tan auténticos como son el extracto de cuenta inicial de la demanda, la declaración jurada del demandado y los recibos fechas 14 y 25 de Julio de 1882, firmados por la parte actora, de cuyos documentos evidentemente resulta la equivocación del juzgador al condenar á Vallés al pago de 7.557 pesetas 91 céntimos, puesto que de ellos aparece satisfizo éste en las expresadas fechas 4.500 pesetas por cuenta de la liquidación ó extracto de 30 de Junio, ó sea de las 7.557 con 91 céntimos, que se le condena á pagar; cuyo error de hecho es evidente, consta de documentos auténticos y es transcendental, pues en él se funda la parte dispositiva del fallo, que son las tres condiciones exigidas para que prospere en casación, según doctrina de este Tribunal Supremo en repetidas sentencias, entre otras las de 20 de Octubre de 1882 y 30 de Junio de 1883.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la sentencia no incurre, al apreciar las pruebas del actor, en el error de hecho á que se refiere el motivo 4.º del recurso, porque de la combinación de aquéllas, se evidencia que los pagos hechos por Vallés en 14 y 25 de Julio de 1882 fueron incluídos de acuerdo con éste en el balance:

Considerando que, lejos de haber infringido la Sala sentenciadora el art. 53 del antiguo Código de Comercio, invocado en el primer motivo, lo toma en cuenta precisamente para estimar la demanda, por hallarla conforme con el resultado de los libros en debida forma llevados por Mac-Andrews y Compañía, á los cuales no ha opuesto prueba alguna el recurrente:

Considerando que no habiendo habido la paga á que alude el motivo 2.º, hecho que la Sala sentenciadora no admite, no puede haberse infringido, aun admitiendo su aplicación al presente litigio, la ley 1.ª, tít. 14, Partida 5.ª, que á la paga se refiere:

Considerando que partiendo la Sala sentenciadora de que las ventas hechas por Mac-Andrews y Compañía á Vallés fueron al contado, y debiendo por éste pagarse el precio, la demora en el pago le constituye en la obligación de satisfacer el rédito legal, según previene el art. 375 que la

sentencia aplica, y que por lo tanto no ha sido infringido en ella, así como tampoco los artículos 3.º y 4.º de la ley de 14 de Marzo de 1856, que ninguna aplicación tienen al caso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio Vallés y Vidal, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 17 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Marzo del mismo año.)

49

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar al interpuesto por Doña María Loresecha en autos con D. Manuel María Muñoz (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no se infringen los artículos 24 y 25 de la ley de Enjuiciamiento civil, denegando la defensa por pobre á quien no ha justificado cumplidamente, según declara la Sala sentenciadora, que con posterioridad á litigar como rico ha venido al estado de pobreza.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Febrro de 1891, en el incidente de pobreza seguido ante la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte por Doña María Loresecha y Rodríguez de Alburquerque, de esta vecindad, para continuar litigando con D. Manuel María Muñoz, de la misma vecindad, en los autos promovidos por aquélla en el Juzgado de primera instancia del Norte, sobre nulidad de providencias dictadas en el concurso voluntario de sus acredores, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandante, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Luis Martorell y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez, habiéndolo sido la parte recurrida por el Doctor D. Santiago Arroyo y Zapatero y el Procurador D. Juan Ayras y habiendo sido también parte el Abogado del Estado:

Resultando que en el Juzgado de primera instancia de la zona del Norte de esta capital promovió autos Doña María Loresecha y Rodríguez de Alburquerque para obtener la nulidad de ciertos proveídos dictados en el juicio de concurso voluntario de la misma, en cuyos autos es parte opositora D. Manuel María Muñoz, y litigó la demandante en concepto de rica hasta que, al personarse ante la Sala primera de lo civil de la Audiencia á sostener cierta apelación, promovió demanda de pobreza, para cuya sustanciación se formó pieza separada:

Resultando que en dicha demanda, de fecha 2 de Enero de 1889, alegó Doña María Loresecha, para que se le concediera el expresado beneficio, que tenía su domicilio en la calle de Valverde, núm. 13, sin pagar alquiler alguno porque vivía en compañía; que era viuda de D. Antonio Estrada, de quien le habían quedado cuatro hijos, que eran ya mayores de edad; que no tenía más profesión, oficio ni medio de subsistencia que una pensión de 250 pesetas mensuales, de la que tenía retenida la parte reglamentaria; y que, con posterioridad á la fecha en que habían empezado los autos principales, y aun á la primera instancia de los incidentes en que interponía esta demanda, había venido á peor fortuna por habérsele agotado los pocos ahorros con que contaba, efecto de los múltiples gastos que su tramitación le había ocasionado, y de verse privada de percibir el resto de la pensión, como justificaría á su tiempo:

Resultando que traída á los autos de oficio certificación de la Delegación de Hacienda de la provincia, en la que se hace constar que Doña María Loresecha no figuraba como contribuyente en ningún concepto en los años económicos de 1887 á 89, contestó la demanda D. Manuel María Muñoz alegando, para que se desestimase la pretensión de Doña María Loresecha, que negaba en absoluto que hubiera venido á peor fortuna, pues en la actualidad gozaba de los mismos ingresos y bienes que en la primera instancia; que disfrutaba de una pensión superior á la que se indicaba en la demanda, y después de deducida de dicha pensión la parte retenida por acreedores legítimos, siempre resultaría un líquido que percibía la demandante de 250 pesetas mensuales, y que aparte de esto, que por sí solo impedía la declaración de pobreza pretendida, afirmaba que Doña María Loresecha contaba con recursos superiores al importe del doble jornal de un bracero:

Resultando que el Abogado del Estado impugnó también la demanda, mientras no se justificase cumplidamente los hechos en que se fundaba, y recibido el incidente á prueba, se suministraron por las partes diferentes justificaciones, figurando entre las de la demandante un testimonio expedido con relación á los autos principales, del que aparece que se seguía cobrando la retención de la parte proporcional de la pensión que disfrutaba la concursada Doña María Loresecha en la parte correspondiente al acreedor D. Manuel María Muñoz, que importaba 71 pesetas con 75 céntimos mensuales, la cual, á instancia de este mismo, se distribuía por partes iguales entre él, su Letrado y el actuario autorizante, para pago de costas; y una certificación de varios particulares, obrantes también en los autos principales, en la que se hace constar: que con fecha 2 de Junio de 1879 fueron embargados á la Doña María Loresecha los muebles que en la misma se reseñan, de los que se constituyó depositaria á aquélla con la obligación de tenerlos á disposición, así como la relación de los bienes que poseía la Doña María, y que cedía en pago á sus acreedores hasta donde fuese necesario al efecto de saldar sus créditos, figurando en ella, en segundo lugar, la pensión de viudedad que cobraba del Tesoro en la parte disponible, según la ley; pensión que en su totalidad percibían sus acreedores, y que importaba al año la cantidad de 15.000 reales, cuya relación fué presentada en dichos autos por Doña María Loresecha con escrito de 28 de Enero de 1880:

Resultando que terminada la sustanciación del incidente, previa citación y vista, dictó sentencia la susodicha Sala primera de lo civil en 26 de Septiembre de 1889, á cuya súplica declaró no haber lugar en otra de 25 de Octubre siguiente, desestimando la demanda de pobreza deducida por Doña María Loresecha, con todos los pronunciamientos consiguientes:

Resultando que Doña María Loresecha interpuso recurso de casación, alegando en su apoyo los siguientes motivos:

1.º En que al declarar la sentencia que la recurrente no ha probado hallarse en ninguno de los casos del art. 15 de la ley de Enjuiciamiente civil, incurre en el error de hecho señalado como motivo de casación en el caso último del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto del testimonio librado con relación á la pieza separada formada en los autos de concurso voluntario de la misma recurrente, y de la certificación de la diligencia de embargo de 2 de Junio de 1879, ambos documentos auténticos, se deduce cuál era la posición pecuniaria de la recurrente cuando incoó la demanda de pobreza de que se trata, pues por el primero de dichos documentos se ve que tenía entonces retenida por su colitigante Muñoz la parte proporcional de la pensión que disfrutaba, la cual, en la fecha en que tal documento se expidió, era distribuída entre el mismo Muñoz, su Letrado y el actuario, para el cobro de sus honorarios y derechos; y del

segundo resulta que le fueron embargados los muebles de su casa por la testamentaría de Maltranal, y que después, al presentarse en concurso voluntario, hizo cesión de todos sus bienes, incluso de la pensión que cobraba del Tesoro, á los acreedores que en dicho testimonio constan, cuya cesión la tuvo el Juzgado por hecha;

Y 2.º La infracción de los preceptos contenidos en los artículos 13, caso 5.º del 15, y 23 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto en autos consta, de modo auténtico, como ya se ha dicho en el anterior motivo, que la recurrente cedió judicialmente á sus acreedores todos los bienes que tenía, y además no aparece que ejerza ninguna industria, oficio ó profesión, ni que se halla comprendida en ninguno de los casos del art. 17 de dicha ley, puesto que el alquiler que pagaba en aquella época da la verdadera medida de la situación en que se hallaba la viuda de un Vicealmirante de la Armada.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que no habiendo justificado cumplidamente Doña María Loresecha, según declara la Sala, que con anterioridad á litigar como rica ha venido al estado de pobreza que alega, la sentencia recurrida no infringe las leyes que se citan por la Doña María, y sí está ajustada á los artículos 24 y 25 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en este concepto

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña María Loresecha y Rodríguez de Alburquerque, á quien condenamos en las costas y á la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su día con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución de los autos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

50

RECURSO DE CASACIÓN (18 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Nombramiento de curador ejemplar.*—No ha lugar al interpuesto por D. Jaime Dalmau y otro en pleito con D. Bruno Cuadros (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la ley de Enjuiciamiento civil de la Península, aplicable por igual en todas sus provincias, regula el nombramiento de curadores ejemplares, y en este punto sus disposiciones tienen prelación sobre las demás leyes relativas á la curatela ejemplar, ya sean generales ó forales anteriores á ella:

Que dicha ley de Enjuiciamiento civil comete al Juez el nombramiento de curadores ejemplares, marcando el orden de los llamamientos, y aun dándoles facultades para nombrar á la persona que estimare á propósito, si las llamadas por la ley no fueren aptas para desempeñar la curatela:

Que si el padre no nombró desde luego en su testamento curador ejemplar á un hijo incapacitado, sino que se limitó á expresar encarecidamente su deseo de que lo fueran las personas que designó, rogando que pidieran el nombramiento al Juzgado, pero previendo el caso de que éste no lo hiciera, es en este caso potestativo en el Juzgado el nombramiento del curador, confirmando ó no el pretendido en el testamento, y haciéndolo así, no infringe el párrafo primero, tít. 23, libro 1.º, de las Instituciones de Justiniano, De curatoribus; *el proemio de la ley 16, tít. 10, libro 27 del Digesto,* De curatoribus furiori et aliis extraminoris dandii, *el párrafo quinto de la ley 7.ª, tít. 70, libro 5.º del Código* De curatori furiori vel prodigi, *y la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 28 del Digesto, porque en primer término debe ser aplicable la ley de Enjuiciamien-*

to civil, y en segundo lugar porque esas mismas leyes no privan al pretor de la facultad de nombrar al curador del furioso, que en el primitivo derecho estuvo siempre sometido á la curatela legítima:

Que tampoco infringe en aquel caso la sentencia el art. 1841 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, porque no se refiere á la curaduría ejemplar, ni la doctrina de las sentencias de 13 de Noviembre de 1868 y 2 de Octubre de 1878, dictadas por el Tribunal Supremo, porque en ambas, siguiendo el espíritu de las leyes romanas en que se inspira la ley 13, tít. 16, Partida 6.ª, se impone la confirmación del nombramiento del curador hecho por el padre sólo cuando el Juez entendiese que es á pro del mozo, *es decir, previo conocimiento de causa, y dejando á salvo la potestad judicial.*

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Febrero de 1891, en las diligencias de jurisdicción voluntaria sobre nombramiento de curador ejemplar del incapacitado D. Victoriano Cuadros y Pons, seguidas ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, primero por el padre de dicho incapacitado D. Bruno Cuadros y Vidal, y después del fallecimiento de éste, por su hermana Doña Sofía Cuadros y Pons, consorte de Don Julio Fournier, comerciante, vecino de aquella ciudad, con los ejecutores testamentarios nombrados por D. Bruno, D. Jaime Dalmau y Planas, comerciante; D. Miguel González y Lugrañes, propietario, y D. Venancio Camprodón y Riera, comerciante, vecinos también de Barcelona, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Jaime Dalmau y D. Miguel González, y en su defensa y representación el Letrado D. Luis María de Camino y el Procurador Don Antonio Bendicho; habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Antonio Par y Turquet y el Procurador D. Francisco Morales, habiendo sido también parte en las dos instancias y en este recurso el Ministerio fiscal:

Resultando que en el año 1881 se empezaron á instruir diligencias de jurisdicción voluntaria en el Juzgado del distrito de la Universidad de Barcelona á instancia de D. Bruno Cuadros y Vidal, con el fin de acreditar el estado de demencia de su hijo D. Victoriano Cuadros y Pons, y se le nombrara curador ejemplar; dictándose un auto en 1.º de Diciembre de dicho año, por el que, de conformidad con el Ministerio fiscal, se constituyó al D. Victoriano en curatela ejemplar, dándole por curador á su citado padre, á quien, previos los trámites de la ley, le fué discernido el cargo en 27 de Enero de 1883:

Resultando que D. Bruno Cuadros falleció en 12 de Febrero de 1888, dejando de su primer matrimonio con Doña Josefa Pons tres hijos, llamados D. Victoriano, ó sea el incapacitado, Doña Sofía, de veintiocho años de edad á la sazón, casada con D. Julio Fournier, y Doña Carmen, de veintidós años; y de su tercero y último matrimonio con Doña Ignacia Vidal un hijo, llamado D. Bruno, y haciendo presentes estos particulares, solicitó Doña Sofía Cuadros y Pons, asistida de su citado esposo, en escrito que en 17 de dicho mes de Febrero presentó en el indicado expediente de jurisdicción voluntaria que, previa la información testifical que ofrecía acerca de que el incapacitado D. Victoriano era soltero y carecía de padres y abuelos, no teniendo más hermanos que los expresados, se discerniera el cargo de curadora ejemplar del mismo á la alegante, su hermana germana, sin fianza, por no tener aquél todavía bienes que pudieran ser administrados, protestando que pondría en conocimiento del Juzgado los que llegase á adquirir en la herencia de su padre:

Resultando que el susodicho D. Bruno Cuadros y Vidal había otorgado testamento cerrado en 30 de Enero de aquel mismo año de su falleci-

miento, con diferentes cláusulas, en las que dispuso lo siguiente: en la quinta nombró albaceas á su esposa Doña Ignacia Vidal, á su hijo político D. Julio Fournier, á D. Luis María de Camino y á su apoderado D. Jaime Dalmau y Planas; en la octava, después de prohibir el juicio de testamentaría, manifestando que quería que todas las operaciones de la misma se practicasen extrajudicialmente, nombró para ello ejecutores testamentarios y contadores particulares de su herencia á sus buenos amigos Don Jaime Dalmau y Planas, D. Miguel González y Lugrañes y D. Venancio Camprodón y Riera, juntos y á solas, dándoles las más amplias facultades que en derecho procedieran para el cumplimiento de su cometido, y relevándoles de la prestación de fianza ó caución alguna, siendo su expresa voluntad que luego de ocurrido su fallecimiento se posesionaran de todos sus bienes, mediante inventario notarial que de ellos formasen, entregándolos sólo á las personas y en las épocas que luego dispondría; en la 28, que en atención al triste estado de demencia de su hijo Victoriano Cuadros y Pons y á su deseo de que estuviese tan bien cuidado y asistido como sin reparar en gastos lo había estado hasta el presente, en pago de su legítima paterna, suplemento de ella y demás derechos que pudiere tener sobre sus bienes, inclusas las 4.555 pesetas de la pertenencia del mismo que obraban en su poder, según había manifestado en la cláusula 4.ª, le dejaba y legaba en metálico y por una sola vez la cantidad de 100.000, y por vía de sustitución ejemplar, para después de su muerte, al mismo sustituía en la cantidad dicha, ó en la finca que después ordenaría se comprara con ella, á sus nietos Julio y Bruno Fournier y Cuadros y á los demás hermanos germanos de los mismos, por iguales partes y á sus libres voluntades, pero sin que, sin embargo, adquirieran sus dichos nietos derecho á este legado hasta que llegaran á la mayor edad; y en la 29 estableció diferentes declaraciones y prevenciones, bajo nueve números separados, para mayor aclaración de su voluntad respecto á lo dispuesto en la cláusula precedente, y para que la misma tuviera completo y debido cumplimiento, ordenando en el número 1.º que dentro de los cinco años siguientes al día de su fallecimiento, sus ejecutores testamentarios adquirieran una finca en aquella ciudad, que se hallara en buen estado y que produjera á lo menos la cantidad líquida anual de 4.000 pesetas de renta, destinando todo lo que fuera necesario de lo que redituara para que su hijo Victoriano continuara como se hallaba entonces establecido y cuidado, ó de aquella otra manera que los mismos creyeran más ventajosa para él, sin escatimar gasto alguno; estableciendo en los dos números siguientes lo que debería hacerse por sus ejecutores testamentarios y por sus herederos mientras se adquiriera la finca, y en el caso de que los réditos líquidos de la misma no fueran suficientes á cubrir las necesidades de su citado hijo Victoriano; confiando en el núm. 5.º á los mismos administradores, una vez fallecido su hijo Victoriano, la administración de la finca por cuenta de sus nietos, á quienes había nombrado sustitutos ejemplares de aquél; disponiendo en el núm. 8.º que para el cumplimiento de todo lo expresado en esta cláusula y en la precedente nombraba administradores de la cantidad legada y de la finca que con ella se adquiriera á sus buenos amigos D. Jaime Dalmau y Planas, D. Miguel González y Lugrañes y D. Venancio Camprodón y Riera, con relevación de toda fianza y caución por la plena y absoluta confianza que en ellos tenía; siendo su terminante y deliberada voluntad que los mismos tuvieran y poseyeran todo lo referido, dando á sus réditos la inversión que dejaba explicada desde el momento de su fallecimiento hasta que hicieran entrega de todo ello á aquellos de sus nietos Fournier y Cuadros, que por haber llegado á la mayor edad, adquirieran derecho al legado por la sustitución que había ordenado á favor de ellos, sin que el que fuera nombrado curador ejemplar de su

hijo Victoriano pudiera pretender ni disponer de otra cosa que del todo ó parte de los réditos de la cantidad legada ó de la finca que le entregaran sus administradores, por ser indispensable para cubrir todas las necesidades de su citado hijo, y sin que pudieran pretender cosa alguna los legítimos representantes de sus mencionados nietos, sustitutos de aquél durante la menor edad de los mismos; y encargando, por último, bajo el número 9.º, encarecidamente á los citados administradores que solicitasen del Juzgado correspondiente que se les nombrara curadores ejemplares de su referido hijo Victoriano, rogando por su parte al propio Juzgado que así lo verificase, con relevación de toda fianza ó caución por la plena y absoluta confianza que en ellos tenía, y por conocer bien los mismos sus intenciones en favor de su desgraciado hijo; y para el caso de que por cualquiera razón que no se le alcanzaba no defiriera el Juzgado á dicho nombramiento, ordenaba terminantemente á los mismos que estuvieran siempre á la mira de que su desgraciado hijo se hallase bien asistido y cuidado, sin escatimar nada de lo que para ello fuese necesario, imponiéndoles el deber de dar parte al Juzgado de cualquiera falta que en ello advirtieran:

Resultando que después de practicada la información ofrecida por Doña Sofía Cuadros en su citado escrito de 17 de Febrero, comparecieron en estas diligencias los tres ejecutores testamentarios de D. Bruno Cuadros, D. Jaime Dalmau, D. Miguel González y D. Venancio Camprodón, y con el testamento susodicho solicitaron, en primer término, que se les nombrara curadores ejemplares del incapacitado D. Victoriano, juntos y á solas y con relevación de toda fianza ó caución como en el testamento se expresaba; y, en segundo término, que en el caso diferirse á lo primero nombrando curador ejemplar á cualquiera otra persona, se declarase que ésta, en tal calidad, sólo tendría derecho á exigir, percibir y manejar la parte de los réditos de la cantidad legada al incapacitado por su padre, ó de la finca que con ella debía adquirirse, según lo dispuesto en el testamento, que justificadamente apareciera ser precisa para dejar cubiertas todas las necesidades del incapacitado, cuya parte de réditos ó el todo de ella debería entregarla los alegantes, como únicos administradores de la cantidad legada ó de la finca que la sustituyera:

Resultando que oído el Ministerio fiscal, que emitió dictamen en el sentido de que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1849 de la ley de Enjuiciamiento civil, procedía hacer el nombramiento de curador ejemplar del D. Victoriano en favor de su hermana Doña Sofía, dictó auto el Juez en 14 de Junio en el mismo sentido, señalando la fianza que debía prestar aquélla como tal curadora, y declarando que en el mismo concepto le pertenecía la administración de los bienes del incapacitado tan pronto como se le discerniera el cargo, debiendo instar lo conducente respecto á lo dispuesto por el testador sobre el particular, no dando, por último, lugar á lo que se pretendía por los ejecutores testamentarios; y pedida reforma por éstos, fué desestimado por auto de 4 de Julio:

Resultando que el Juzgado admitió en un solo efecto la apelación que de los autos susodichos dedujeron los ejecutores testamentarios de Don Bruno Cuadros, admitiéndola después la Audiencia en ambos efectos, y tramitada la alzada con arreglo á derecho, dictó auto la Sala primera de lo civil de dicha Audiencia de Barcelona en 22 de Noviembre de 1889, confirmando el auto del Juzgado de 14 de Junio de 1888, que había nombrado curadora ejemplar del incapacitado D. Victoriano Cuadros Pons á su hermana Doña Sofía Cuadros Pons, y ordenando que luego que este nombramiento fuera firme se procediera al discernimiento del cargo con arreglo á lo dispuesto en los arts. 1871 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, y que no había lugar en el estado actual de los autos á resolver las

pretensiones formuladas en el segundo extremo de la súplica del escrito de 18 de Febrero, y cuarto de 22 de Septiembre de 1888 por la representación de D. Jaime Dalmau y Planas, D. Miguel González Lugrañes y Don Venancio Camprodón y Riera, revocando el auto apelado en lo que no fuera conforme con éste, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Jaime Dalmau y Planas y D. Miguel González y Lugrañes interpusieron recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1.º En cuanto por el fallo recurrido bajo el erróneo supuesto de no ser obligatorio para el Juez hacer el nombramiento de la persona designada por el padre en su testamento, se nombra curadora ejemplar del incapacitado D. Victoriano Cuadros y Pons á la hermana germana del mismo Doña Sofía Cuadros y Pons, prescindiendo de la voluntad manifestada por el testador de que fuese confiado dicho cargo á los recurrentes y á D. Venancio Camprodón y Riera, juntos y á solas y con relevación de fianza; el párrafo primero, tít. 33, libro 1.º de las Instituciones de Justiniano *De curatoribus:* el proemio de la ley 16, tít. 10, libro 27 del Digesto *De curatoribus furiosi et aliis extraminoris dandis;* y el párrafo quinto de la ley 7.ª, tít. 70, libro 5.º del Código *De curatore furiosi vel prodigi,* cuyas leyes sustantivas romanas, que son las vigentes y aplicables al caso en Cataluña, declaran absolutamente el derecho del padre de designar las personas que deban ser curadores ejemplares de su hijo incapacitado, y la obligación de los Jueces de nombrar para tal cargo á los asignados por el padre; el artículo 1841 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente desde 1.º de Abril de 1881, porque como lo hacía el art. 1231 de la promulgada en 5 de Noviembre de 1855, que hasta aquélla rigió, ordena en absoluto á los Jueces que disciernan el cargo al curador nombrado por el padre en disposición testamentaria, en cuanto sea acreditada tal designación; y la doctrina legal sancionada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1868 y 2 de Octubre de 1878, de que así para el nombramiento de curadores ejemplares como para el de curadores para los bienes, debe ser atendida, respetada y cumplida la voluntad manifestada en su disposición testamentaria por el padre de la persona incapacitada ó menor de edad:

Y 2.º En cuanto el auto recurrido prescinde en absoluto de la voluntad del testador, hasta el punto de que en el penúltimo considerando se impone un estigma á los recurrentes, basado cabalmente en la confianza que aquél les dispensó, á fin de excluirles, así como á D. Venancio Camprodón, del cargo de curadores ejemplares para el que les designó el testador, queriendo á la vez excusar la dación del tal cargo á Doña Sofía Cuadros y Pons, en consideraciones que, no sólo no escaparon á la perspicacia del testador, sino que las tuvo muy presentes, pero precisamente para lo contrario, ó sea para evitar por medio de una serie de disposiciones claras y terminantes, y sancionadas con cláusula penal, que su dicha hija tuviese tal curatela ejemplar; ni que en tiempo alguno interviniese en la administración de lo legado al incapacitado, y que debe ser de los hijos de aquélla cuando todos sean mayores de edad; la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 28 Digesto *que testamenta facere possunt et quemadmodum testamentum fiant,* que declara que el testamento es la expresión legítima de la voluntad del testador; y la doctrina legal sentada en infinitas sentencias de este Supremo Tribunal, y especialmente en las de 3 de Marzo de 1866, 12 de Octubre de 1885 y 19 de Junio de 1886, de que la voluntad del testador es la ley que debe respetarse y cumplirse en cuanto no sea contraria á las honestidades, buenas costumbres y obras de piedad ó al derecho natural, de que deben por ello casarse las sentencias que contravengan á aquélla.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la ley de Enjuiciamiento civil de la Península, aplicable por igual en todas sus provincias, regula el nombramiento de curadores ejemplares, y en este punto sus disposiciones tienen prelación sobre las demás leyes relativas á la curatela ejemplar, ya sean generales y forales anteriores á ella:

Considerando que dicha ley de Enjuiciamiento civil comete al Juez el nombramiento de curadores ejemplares marcando el orden de los llamamientos, y aun dándole facultades para nombrar á la persona que estimare á propósito si las llamadas por la ley no fueren aptas para desempeñar la curatela:

Considerando que atemperándose á estas consideraciones D. Bruno Cuadros, en su testamento no nombró desde luego curador ejemplar para su hijo incapacitado D. Victoriano, sino que se limitó á expresar encarecidamente su deseo de que lo fuesen las personas que designó, rogando que pidieran el nombramiento al Juzgado, pero previendo el caso de que éste no le hiciera:

Considerando que siendo en este caso potestativo en el Juzgado el nombramiento de curador, confirmando ó no el pretendido en el testamento, la sentencia recurrida, al nombrar curadora ejemplar á Doña Sofía Cuadros, hermana del incapacitado, por cosiderarlo más conveniente y beneficioso á éste que la curatela de personas extrañas, no infringe las leyes romanas citadas en los dos motivos del recurso, porque en primer término debe ser aplicada la ley de Enjuiciamiento civil, y en segundo lugar, porque esas mismas leyes no privan al pretor de la facultad de nombrar el curador del furioso, que en el primitivo derecho estuvo siempre sometido á la curatela legítima:

Considerando que tampoco infringe la sentencia el art. 1841 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, porque no se refiere á la curaduría ejemplar, ni la doctrina de las sentencias de 13 de Noviembre de 1868 y 2 de Octubre de 1878, dictadas por este Supremo Tribunal, porque en ambas, siguiendo el espíritu de las leyes romanas en que se inspira la ley 13, tít. 16, Partida 6.ª, se impone la confirmación del nombramiento del curador hecho por el padre sólo cuando el Juez *entendiese que es á pro del mozo*, es decir, previo conocimiento de causa, y dejando á salvo la potestad judicial de que en el caso actual ha usado la Sala sentenciadora;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto de D. Jaime Dalmau y Planas y D. Miguel González y Lugrañes, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 18 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año).

51

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (20 de Febrero de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de sentencia.*—No ha lugar al interpuesto por D. Alejandro Castañeda en pleito con D. Manuel Canosa (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que no habiendo reclamado el recurrente ó pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, ni aun en la súplica, no procede el recurso por quebrantamiento de forma, según prescribe el art. 1694 de la ley de Enjuiciamiento civil reformada, vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Febrero de 1891, en los autos de menor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Este de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma, por D. Alejandro Castañeda y Martínez, del comercio y vecino del sitio Macena, en el partido judicial de la Catalina, con D. Manuel Canosa y Herrera, vecino de dicha ciudad de la Habana, sobre pago de 510 pesos oro, como indemnización de daños y perjuicios, hoy incidente promovido en los referidos autos por el demandante, para que se declare nula la sentencia definitiva dictada en aquéllos, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el expresado demandante, á quien representa el Procurador D. Lino de Villar, sin que haya habido Letrado que estime sostenible su defensa, ni comparecido la parte recurrida en este Tribunal Supremo:

Resultando que D. Alejandro Castañeda y Martínez, que había obtenido al efecto á su favor sentencia concediéndole los beneficios de la defensa por pobre, promovió ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Este de la ciudad de la Habana demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Manuel Canosa y Herrera, fundándola como hechos: en que en 17 de Mayo de 1888, D. Aurelio Alemán prestaba servicios como dependiente á D. Manuel Canosa, y desempeñaba el oficio de carretero de una de las carretas de la propiedad del D. Manuel, destinadas al reparto de carne de aquella ciudad; que Alemán, en el desempeño de su obligación, causó daño con la carreta de la propiedad de Canosa, de la que aquél era conductor, por lo que se formó causa criminal; que el daño consistió en una mula de tiro que quedó completamente inutilizada, y carro de agencia del dominio del demandante, el cual lo apreciaba en la cantidad de 510 pesos en oro, que exigía como indemnización del daño y perjuicio que se le había originado; y alegando los fundamento de derecho que creyó oportunos, solicitó que se tuviese por interpuesta la demanda declarativa de menor cuantía contra D. Manuel Canosa y Herrera, en cobro de 510 pesos oro, como importe de la indemnización del daño y perjuicio causado por el dependiente D. Aurelio Alemán:

Resultando que D. Manuel Canosa se opuso á la demanda, alegando las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la falta de personalidad en el demandado y de acción contra éste en D. Alejandro Castañeda, y pidiendo que en definitiva se declarase sin lugar la expresada demanda, estimando las excepciones y absolviendo á D. Manuel Canosa, con las costas á cargo del demandante; y en apoyo de tal pretensión expuso como hechos: que no era cierto que en la fecha indicada en la demanda prestase servicios D. Aurelio Alemán como dependiente de Canosa, ni que fuera en la propia fecha conductor de una carreta de la pertenencia del demandado; que si algún daño causó aquél con la carreta que conducía, y debía ser civilmente responsable otra persona además del que ocasionó el perjuicio, éste (jefe ó persona), sería la menor Doña María Francisca O'Reylly y Pedroso, Condesa de Buenavista, dueña de todas las existencias del tren de abasto de carnes del Rastro de ganado mayor, cuya propiedad le correspondía, mitad por razón del vínculo anexo á ese título, y el resto desamortizado, como heredera de su abuelo el Conde de aquella denominación; que D. Manuel Canosa era dependiente de la citada Condesa y también lo era D. Aurelio, lo mismo que cuantas personas desempeñaban en aquella ciudad funciones relativas al abasto de carnes, sin que la circunstancia de existir, según se supone, un orden de subordinación entre uno y otro individuo determinase cosa alguna en sentido de mermar las facultades ó intervención del dueño, ni declinar sus deberes ó responsabilidades, y también hizo expresión de los fundamentos legales que creyó apreciables:

Resultando que practicada prueba por las partes, y seguido el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó sentencia de 1.º de Junio de 1889, revocatoria de la del Juzgado, absolviendo á D. Manuel Canosa de la demanda de autos sin especial condenación de costas:

Resultando que en escrito de 19 de Junio del año último, presentado el 21, la parte de D. Alejandro Castañeda pidió se declarase nula la precedente sentencia, para lo cual expuso como hechos: que en la demanda y contestación se alegaron los que anteriormente quedan expresados con la solicitud en dicha contestación de que se tuviesen por opuestas las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la enunciada demanda, falta de personalidad en el demandado y de acción contra éste en el demandante, y en definitiva se declarase sin lugar aquélla, estimando las excepciones y absolviendo á Canosa, fundándose el fallo de la Audiencia en motivos que no se habían alegado ni discutido en el curso del pleito, no siendo congruente ó conforme con la cuestión discutida, por lo que infringía el precepto de los artículos 358 y 709 de la ley de Enjuiciamiento civil, é invocó como fundamentos legales á aquellos artículos la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, según la cual las sentencias deben ser conformes y ajustadas á lo alegado en la demanda y contestación; las leyes 12 y 16 del mismo título y Partida, que disponen es nula la sentencia que resuelve cuestiones no discutidas en el pleito; y las sentencias de este Tribunal Supremo que citó, según las cuales es contraria á las enunciadas leyes, y nula por tanto, la que se funda en títulos y motivos que no se han presentado ni discutido en el curso del litigio; y por un otrosí recusó al Relator que intervenía en el pleito:

Resultando que la Sala, en auto de 28 del mismo mes de Junio, declaró no haber lugar con las costas á lo pretendido por la parte de D. Alejandro Castañeda en su escrito presentado el 21 de aquel mes; de cuyo auto suplicó la representación de éste para que se resolviera según lo solicitado en dicho escrito; citando como infringidos respecto á la nulidad pedida, los artículos 740 y 748 de la ley de Enjuiciamiento civil, que afectan al orden de sustanciación, ó sea á la forma esencial prevista para los incidentes, como el de que se trataba, y exponiendo: que en los juicios de menor cuantía no procede el recurso de casación, y en el actual, por tanto, se habían agotado los recursos ordinarios, y los extraordinarios de nulidad eran oportunos en todo tiempo; que se trataba de la nulidad de una actuación, como era la sentencia de la Sala, y por consiguiente de todo punto procedente é indiscutible la paralización del juicio hasta ventilar el artículo propuesto, no obstando la circunstancia de ser sentencia firme al ejercicio del recurso extraordinario en todo tiempo: primero, como tal remedio ó recurso extraordinario; y segundo, por ser sabido que es regla de derecho que las nulidades no convalidan, y por tanto imprescriptible el derecho para exigirla en todo tiempo:

Resultando que la parte de Canosa impugnó la súplica, fundada: en que era firme la sentencia, y de consiguiente no cabía contra ella reclamación alguna, de conformidad al párrafo cuarto del art. 368 de la ley de Enjuiciamiento civil; en que los incidentes no pueden promoverse sino durante el curso del juicio, según los artículos 740 y 741 de la misma ley, y el suscitado equivalía en sus efectos al recurso de casación, que no se da en los juicios de menor cuantía, por infracción de ley ó de doctrina en ningún caso, y en la forma sólo en los relacionados en el art. 1691, no debiendo sin embargo entenderse que equivalga á la interposición de ese recurso la del de súplica; procediendo ésta según el art. 401 contra las sentencias ó autos resolutorios de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia, no contra las sentencias definitivas; y sólo correspondía

conforme al art. 712 que se devolvieran los autos al Juzgado; y la Sala, en el dictado en 12 de Agosto del repetido año 89, declaró no haber lugar con las costas á la súplica que contra el de 28 de Junio anterior estableció la parte de Castañeda:

Resultando que en su virtud el D. Alejandro Castañeda ha interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 4.º del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que no se había citado á las partes para dictar la sentencia ó auto recaído al escrito de demanda de nulidad de fecha de 10 de Junio.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que no habiendo reclamado el recurrente ó pedido la subsanación de la falta indicada en la instancia en que se cometió, ni aun en la súplica, no procede el presente recurso por quebrantamiento de forma, según prescribe el art. 1694 de la ley de Enjuiciamiento civil reformada, vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Alejandro Castañeda y Martínez, á quien condenamos al pago de la cantidad correspondiente, por razón de depósito, que satisfará si viniere á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, sin hacer declaración respecto á costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; y procédase á la sustanciación del recurso iniciado por infracción de ley.—(Sentencia publicada el 20 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

52

Recurso de casación (21 de Febrero de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Pablo Román en autos con el Marqués de Monroy (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el párrafo noveno del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, y como no comprendido en el caso 7.º del art. 1692, es inadmisible el recurso que se dirige contra la apreciación de la prueba, haciendo supuesto de la cuestión, sin que se cite ley ni doctrina legal relativa á las pruebas que se considere infringidas para constituir error de derecho, ni se compruebe el de hecho con documentos ó actos auténticos, según exige la ley.

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres, por sentencia que dictó en 25 de Noviembre último, confirmando la del Juez de primera instancia de aquella capital, denegó á D. Pablo Román y Beltrán el beneficio de litigar como pobre con el Marqués de Monroy:

Resultando que D. Pablo Román ha interpuesto recurso de casación por haberse infringido, á su juicio, el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil, que preceptúa que la justicia se administrará gratuitamente á los pobres, toda vez que se hallaba probado que el recurrente lo era totalmente, viviendo de un jornal; y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, que sanciona el artículo mencionado, consignada en multitud de sentencias que no citaba por ser muy conocidas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que este recurso se dirige contra la apreciación de la prueba, haciendo supuesto de la cuestión, que da por probados los hechos que terminantemente niega la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades, sin que se cite ley ni doctrina legal relativa á las pruebas que se con-

sidere infringida para constituir error de derecho, ni se compruebe con documentos ó actos auténticos, según exige la ley:

Considerando, por tanto, que el recurso no está comprendido en el caso 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que no es admisible según lo dispuesto en el párrafo noveno del 1729 de la misma;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don Pablo Román y Beltrán, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Cáceres la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 21 de Febrero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 12 de Marzo del mismo año.)

53

RECURSO DE CASACIÓN (24 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad.*—No ha lugar en parte al interpuesto por D. Gabriel Fuster en pleito con D. Mariano Fuster (Audiencia de Palma), y se resuelve:

Que la ley 1.ª, tít. 21, libro 10 de la Novísima Recopilación, que es puramente adjetiva ó procesal, está derogada por la de Enjuiciamiento civil, que entre los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio comprende el dictamen de peritos, estableciendo cuándo ha de tener lugar y la forma en que debe practicarse:

Que no es de estimar la infracción del artículo 401 del Código de Comercio, si no resultan devengados intereses de intereses:

Que declarándose por el Juzgado que no se hace especial condenación de costas, y consentido este extremo por el demandante, que no se adhirió en cuanto á él á la apelación interpuesta por su contrario, es indudable que la Sala sentenciadora, al confirmar aquel fallo é imponer al apelante las costas de dicha primera instancia, resuelve sobre lo que no se ha pedido é infringe la doctrina que sanciona la nulidad de las sentencias que en el fallo se extralimitan de la petición hecha por el demandante.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Febrero de 1891, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de Palma de Mallorca y en la Sala de justicia de la Audiencia de aquel territorio, por D. Mariano Fuster y Fuster, propietario, vecino de Barcelona, como gerente de la Sociedad en liquidación M. Fuster y Compañía, domiciliada en esta última ciudad, con D. Gabriel Fuster y Fuster, propietario, vecino de Mallorca, sobre pago de cantidad por saldo de cuentas corrientes; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Don Gabriel, y sostenido en su defensa y representación por el Letrado D. Aureliano Linares Rivas y el Procurador D. José María Villa; hallándose representado y defendido á su vez D. Mariano Fuster por el Procurador Don Ramón Calabria y el Licenciado D. Pedro Díaz Cassou:

Resultando que D. Mariano Fuster y Fuster y D. Fernando Puig y Gibert otorgaron en Barcelona el 6 de Septiembre del año 1880, ante el Notario D. Joaquín Sierra, una escritura, por la cual constituyeron Sociedad para la compra y venta de artículos de comercio, recibir toda clase de consignaciones y comisiones y dedicarse á operaciones de banca y demás negocios de análoga índole, con un capital de 90.000 pesetas, de las que aportaría Puig 30.000 y las 60.000 restantes D. Mariano Fuster, teniendo éste el carácter de socio colectivo, llevando la firma de la razón social, que sería M. Fuster y Compañía, y aquél el de comanditario, y siendo la dura-

ción de dicha Sociedad de cinco años, á contar desde aquella fecha; pero si en algún balance resultaran pérdidas que alcanzasen á las dos terceras partes del capital expresado, se procedería á la disolución de la repetida Sociedad; en lo que convinieron los mismos Puig y Fuster por otra escritura otorgada también en Barcelona ante dicho Notario D. Joaquín Sierra en 27 de Marzo de 1883, por creerlo provechoso para ambos, mayormente habiendo resultado pérdidas que habían extinguido el capital de las 90.000 pesetas, y dejaron la Sociedad expresada en estado de liquidación, encargándose de ella el socio gerente D. Mariano Fuster, para llevarla á efecto, revestido de todas las facultades necesarias hasta dejarla completamente terminada:

Resultando que con fecha 17 de Abril de 1885 dicho D. Mariano Fuster, en representación de la mencionada Sociedad en liquidación M. Fuster y Compañía, formuló demanda, que fué repartida al Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de Palma de Mallorca, acompañando, entre otros documentos, siete copias de extractos de cuentas con D. Gabriel Fuster respectivamente, correspondientes: el primero de ellos, á los meses de Septiembre á Diciembre de 1880; el segundo al año 1881; los siguientes á los cuatro semestres de 1882 y 83, y el último al primer semestre de 1884; comprendiendo éste como primer partida, en concepto de saldo anterior, la de 77.908 pesetas 38 céntimos; y como segunda y última la de 2.337 con 25, por intereses á favor de la Sociedad hasta 30 de Junio, ó sea un total saldo en contra de D. Gabriel Fuster de 80.245 pesetas 63 céntimos; figurando en las enunciadas cuentas varias cantidades á cargo de aquél, por adquisiciones de acciones de Sociedades, entre ellas mil del Banco Mallorquín; y en la primera la de 155 pesetas 20 céntimos en el ya expresado concepto de intereses:

Resultando que en la indicada demanda se pretendió la condena de D. Gabriel Fuster, á que dentro del término de diez días pagara á la Sociedad en liquidación M. Fuster y Compañía las 80.215 pesetas 63 céntimos, saldo á favor de la misma por el resultado de la cuenta corriente cerrada en 30 de Junio del año anterior 1884 con los intereses desde aquella fecha capitalizados á estilo de comercio, y en todas las costas del juicio; para lo cual, además de hacer mérito de la constitución y disolución de la referida Sociedad, alegó la parte demandante: que establecida dicha Compañía, D. Gabriel Fuster, hermano del Gerente de ella, entabló pronto relaciones comerciales con la misma, encargando la compra y venta de efectos y valores, ya por cuenta propia, ya por encargo de otros, empezando aquellas operaciones y relaciones en 25 de Septiembre de 1880 y terminando en 30 de Junio del 84; que todos los semestres remitía la Sociedad á D. Gabriel la cuenta corriente, reclamándole siempre la manifestación de su conformidad, ó de los extremos en que no lo estuviese; y como en carta de 25 de Septiembre de 1883 supusiera aquél no haber recibido dicha cuenta corriente del total de las operaciones, y haber encontrado en las parciales faltas á abonar y muchos cargos de más, para quitarle todo pretexto se le remitió copia de todas las semestrales, reclamándole de nuevo la manifestación de su conformidad ó de los reparos que tuviese que oponer, obteniéndose sólo del D. Gabriel la carta de 2 de Diciembre de 1884, acompañada á la demanda, igualmente que la de 25 de Septiembre antedicha, en la cual expresó repetir lo manifestado verbalmente al Gerente de la Sociedad, respecto á no estar conforme con la cuenta de ésta, guardando después absoluto silencio; que las cuentas corrientes, también presentadas con la demanda, eran la expresión exacta de las operaciones y negocios entre la casa en liquidación y D. Gabriel Fuster, y el saldo de la última lo que éste debía en 30 de Junio de 1884, en que quedaron cerradas, habiendo de añadirse á él los intereses devengados desde aquella fecha, á estilo de co-

mercio: que las obligaciones contraídas deben cumplirse, según el conocido precepto de la ley Recopilada; siendo doctrina inconcusa producir la aprobación tácita el mismo efecto que el consentimiento expreso, y haciendo fe, con arreglo al Código de Comercio, los asientos de los libros de los comerciantes, cuando no se presentan otros, ó prueba plena y concluyente en contrario, sin poderse aceptar los favorables y desechar los perjudiciales; que el deudor moroso es responsable de los intereses de su deuda, devengando aquéllos á favor del acreedor los saldos de las cuentas corrientes, los cuales, según costumbre general nunca contradicha en el comercio, se capitalizan semestralmente; que como la falta de cumplimiento por parte de D. Gabriel Fuster había ocasionado á la demandante perjuicios de consideración, por no tener á su disposición la respetable cantidad adeudada, era por ello responsable aquél de la indemnización de tales perjuicios; y que el deudor que obliga á su acreedor á acudir á la vía judicial para la percepción de su alcance, es responsable de todas las costas:

Resultando que en un otrosí de la misma demanda hizo mérito la parte actora de haberse adquirido por cuenta y orden del demandado Fuster, como se expresaba en el segundo asiento del día 24 de Mayo que figuraba en el extracto de cuenta corriente del primer semestre de 1882, mil acciones del Banco Mallorquín, el que se fusionó con el Crédito Balear, y siendo las de éste nominativas y aquéllas al portador, era preciso verificar su canje, el que pidió autorizara el Juzgado, sin prejuzgar por ello cuestión alguna de autos, acordando quedaran depositadas en el mencionado Crédito Balear á disposición del mismo Juzgado, juntamente con la cantidad que debía cobrarse por el dividendo activo repartido; solicitud que fué estimada, no obstante haberse opuesto á ella el demandado, en auto que quedó firme y se llevó á cumplimiento:

Resultando que D. Gabriel Fuster contestó la demanda pidiendo se le absolviera de ella, con las costas á la parte actora; y en mérito de reconvención, se declarase procedente el pase de cuentas justificadas y documentadas; condenando, en su consecuencia, á D. Mariano Fuster, en el concepto en que demandaba, á que, ó bien las presentase en forma, ó á que nombrara contador para que, en unión del que nombraría el D. Gabriel, procedieran al ajuste de dichas cuentas, teniendo á la vista los datos y documentación que suministraran las partes; y, caso de discordia, se procediera á dirimirla por medio de un tercero nombrado de oficio; á cuyo propósito expuso: que, en efecto, antes y después de constituirse la Sociedad M. Fuster y Compañía, estuvo en relaciones familiares y mercantiles con su hermano D. Mariano, y procuró llevar á dicha Sociedad encargos propios y ajenos; que en cuanto á las siete copias de cuentas acompañadas á la demanda, recibió con mucho desorden, dilación y retraso la número 4, y acusó su disconformidad, habiéndosele remitido después de su observación y quejas por encontrar en las cuentas parciales falta de abonos y exceso de cargo, cinco semestrales, á las que, por no ser completas y contener deficiencias de abonos y excesos de cargos, no pudo prestar su conformidad; hallándose dispuesto á entrar amistosamente en el arreglo de aquéllas, previa resolución de las dificultades surgidas sobre sus detalles; en la convicción de que, lejos de ser alcanzado, alcanzaba contra la Sociedad demandante; y no sólo aceptaba, sino exigía el pase de cuentas, sin haberse anticipado á demandar, por su deseo de no interrumpir las buenas relaciones entre hermanos; que aun cuando, en efecto, los siete extractos de cuentas presentados arrojaban el saldo estampado en la última, esto no bastaba para admitirle, pues era preciso acompañar sus justificantes; y si hubiera tenido presente esto D. Mariano Fuster, hubiese descubierto que los oficiales de comercio de quienes se valió le habían comprometido hasta un punto inconcebible; de lo que era simple muestra, sin en-

trar en detalles sobre las susodichas cuentas, el no haber carta, pedido ni demanda en que pudiera apoyarse la adjudicación de mil Bancos Mallorquines, que figuraban adquiridos en época muy anterior al asiento en que el D. Mariano los aplicaba al demandado, ni la adjudicación á éste en 31 de Mayo de 1882 de 25 Francias á un tipo que nunca habían alcanzado dichos valores; suponiéndose una serie de entregas en efectivo que D. Gabriel Fuster no podía admitir sin la presentación de los oportunos resguardos, no siendo por el momento más explícito, ni oponiendo más reparos á las cuentas por no estar en el ánimo del demandado otra cosa que negarlas su aprobación y pedir la absolución de la demanda, y por reconvención el ajuste de aquéllas entre las dos partes, debiendo hacer efectivo el saldo la que resultara deudora; que aparte del exceso en el cargo, faltaba la liquidación y abono de 50 acciones del Banco Villanueva, á pesar de haberse ofrecido en carta de 25 de Noviembre de 1881 acompañada, y dejaban de hacerse otros abonos por valores negociados, que no podía enumerar detalladamente por la premura con que contestaba; que cuando hay oposición expresa no podía sostenerse existir aprobación tácita, y según la conocida regla inserta en una ley de la Partida 7.ª: «quien calla no dice nada»; que la disposición mercantil referente á la prueba de los libros de comercio ajustados al Código no tiene el alcance de admitir como verídico cualquier supuesto contenido en ellos; que según doctrina jurídica sancionada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, hasta después de liquidadas unas cuentas no se adeudan intereses, y nunca es legal ni admisible, á no ser por pacto expreso, el interés compuesto; que desde el momento en que D. Gabriel proponía el ajuste de cuentas razonadas y justificadas rechazando la presentada, el verdadero moroso era el D. Mariano; y que quien comparecía en juicio como acreedor de una cantidad fabulosa é injustificada y se resistía al regular y necesario pase de cuentas, era responsable de las costas y perjuicios:

Resultando que las respectivas representaciones de las partes demandante y demandada evacuaron los traslados de réplica y dúplica, insistiendo en sus alegaciones, que ampliaron en el sentido en que cada una las tenía hechas, y la primera formuló además la solicitud de que se le absolviera de la reconvención; para lo cual sostuvo que presentada la cuenta de las negociaciones mercantiles entre la Sociedad M. Fuster y Compañía y D. Gabriel Fuster, y pedido el pago del saldo que arrojaba, no era posible provocar un ajuste de aquéllas, ni cabía más que la impugnación directa de partidas ó extremos determinados; continuando la tramitación del juicio con el correspondiente período de prueba, en el que practicaron dichas partes las que estimaron conducentes, y recayendo en 5 de Mayo de 1888 sentencia del Juzgado, por la que condenó á D. Gabriel Fuster y Fuster al pago á la Sociedad en liquidación M. Fuster y Compañía, dentro del término de diez días, de la cantidad de 80.245 pesetas 63 céntimos, saldo contra aquél y á favor de dicha Sociedad, de la cuenta corriente cerrada en 31 de Junio de 1884, con más los intereses legales de la indicada cantidad, desde la fecha de la interposición de la demanda hasta el efectivo pago; quedando á disposición del D. Gabriel las acciones del Crédito Balear producto de la conversión y canje de las mil del Banco Mallorquín depositadas en aquel establecimiento por la referida Sociedad M. Fuster y Compañía, y absolvió á ésta de la reconvención formulada contra ella por el repetido D. Gabriel al contestar la demanda; entendiéndose todo sin especial condenación de costas:

Resultando que utilizado por D. Gabriel Fuster el recurso de apelación de la enunciada sentencia, se tramitó la segunda instancia en la Sala de justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca, ante la que tuvo lugar la oportuna vista, en cuyo acto el Letrado defensor de D. Mariano Fuster

pidió la confirmación con costas de la sentencia apelada; y la referida Sala la pronunció en 12 de Diciembre de 1889, confirmatoria de aquélla, menos en cuanto por la misma dejaba de hacerse especial imposición de costas, y condenó en las de ambas instancias al mencionado apelante:

Resultando que D. Gabriel Fuster ha interpuesto, con el correspondiente depósito, recurso de casación, alegando en los motivos respecto de los que ha sido admitido, haberse infringido:

1.º En cuanto á la totalidad del fallo, la ley 1.ª, tít. 21, libro 10 de la Novísima Recopilación, la cual dispone que, *para las cosas que consistan en cuentas ó tasaciones ó pericia de persona ó arte se nombren los contadores;* por cuanto la demanda consistía en reclamar el pago de un saldo que aparecía de unas cuentas de las que el demandado exigía se le diese debida y completa justificación, por no parecerle bastante sino incompleta y deficiente la que se le hubo presentado en los libros que tachó de poco formales y solemnes; y ya que esto no se hiciera, exigió se nombrase un contador de cada parte, ó un tercero en discordia que, examinando todas las cuentas y toda la documentación que se le presentara, apreciasen el valor de ellas y la fe que debiera dárseles, tratándose, como no se podía negar, de cuentas complicadas, en las que figuran compras de valores sujetos á cotizaciones periódicas, cuyos tipos se habían de averiguar y fijar por peritos expertos, pues las continuas oscilaciones y los cambios continuos que sufren esta clase de valores hacían imposible pudieran determinarse, si no era por aquellas personas que por su carácter y su comisión llevan el alza de ellos; y además en las cuentas había corretajes, comisiones con su tanto por ciento, derechos de caja y de depósito, no pudiendo el Tribunal sin esta imprescindible justificación formar concepto cabal de si las cotizaciones, los precios y los tantos exigibles son los que en rigor y en justicia correspondía, ó la parte que los presentaba los fijó caprichosa y maliciosamente, siendo, pues, fundada y digna de ser atendida la reclamación de D. Gabriel Fuster, que pretendía el nombramiento de peritos contadores; y no obstante todo ello, el fallo de la sentencia recurrida desatendió dicha pretensión, dando por bien hecho lo que sin el nombramiento de contadores y á protesta de la parte recurrente se hizo:

2.º En lo referente á la condena del interés compuesto, el art. 401 del Código de Comercio, según el que: «No se debe réditos de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni en otra especie de deuda comercial mientras que hecha liquidación de éstos no se incluya en el nuevo contrato como aumento de capital, ó que, bien de común acuerdo, ó por declaración judicial se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados, puesto que no se está en ninguno de los casos del citado artículo, y de él por consecuencia es una infracción manifiesta dicha imposición del interés compuesto;

Y 3.º Respecto á la imposición de las costas de la primera instancia del pleito, las sentencias de este Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1859, 12 de Octubre del mismo año y 26 de Mayo de 1860, en las que se consigna la doctrina que sanciona la nulidad de las que en el fallo se extralimitan de la petición hecha por el demandante, mediante á que la sentencia del Juzgado, por no estimarlo oportuno, no hizo mención de las costas causadas en aquella instancia, y cuando ante la Audiencia llegó á verse la apelación, el Letrado defensor y representante de D. Mariano Fuster, como Gerente liquidador de la Sociedad disuelta M. Fuster y Compañía, pidió se declarase no haber lugar á la apelación por parte de D. Gabriel Fuster interpuesta, confirmándose con las costas la sentencia apelada; es decir; que la defensa del D. Mariano, oponiéndose á que prosperase el recurso y pidiendo con las costas la condena de la parte recurrente en aquella segunda instancia, aceptaba íntegra y completamente el fallo del inferior, al extre-

mo de solicitar que se cumpliesen en todas sus partes, sin añadir ni quitar punto alguno; y la Sala de la Audiencia amplió á la primera instancia la condena de costas que en ella no se impusiera, concediendo más de lo pedido, é incurriendo en el vicio legal de contravenir el principio axiomático en derecho de que no es permitido en materia civil corregir de oficio las pretensiones de las partes, traspasando los límites de las mismas, y de consiguiente, la enunciada imposición de aquellas costas era graciosa, por no solicitada, sin que se hubiese cuidado de fundamentarla, é iba más allá en su concesión de lo que el mismo demandante pretendiera.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que no es de estimar el motivo 1.º del recurso, porque la ley 1.ª, tít. 21, libro 10 de la Novísima Recopilación, que es puramente adjetiva ó procesal, está derogada por la de Enjuiciamiento civil, que entre los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio comprende el dictamen de peritos, estableciendo cuándo ha de tener lugar y la forma en que debe practicarse:

Considerando, respecto del motivo 2.º, que no es posible apreciar que le reclamen como supone el recurrente intereses de intereses, toda vez que, ni en las cuentas recibidas á su debido tiempo por aquél, según declara la Sala sentenciadora, se consignan otras partidas relativas á intereses que la de 155 pesetas con 25 céntimos en el extracto de cuenta de 1880, y la de 2.337 con 25 céntimos en el resumen general de 1884, ni éstas han sido concretamente impugnadas en el pleito, ni se ha demostrado tampoco que en los respectivos saldos entren réditos de réditos, ni por último se determinan, con la necesaria precision en el recurso, el modo y forma en que se carguen los indicados intereses compuestos:

Considerando que, declarado por el Juzgado que no hacía especial condenación de costas, y consentido este extremo de la sentencia de primera instancia por D. Mariano Fuster, que no se adhirió en cuanto á él á la apelación interpuesta por su contrario, es indudable que la Sala sentenciadora, al confirmar aquel fallo é imponer al apelante las costas de dicha primera instancia, ha resuelto sobre lo que no se había pedido, infringiendo la doctrina legal que se cita en el motivo 3.º;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Gabriel Fuster acerca de los motivos 1.º y 2.º; y haber lugar en lo relativo al 3.º, casando y anulando en su consecuencia la sentencia que en 12 de Diciembre de 1889 dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Palma, en cuanto impone al recurrente las costas de la primera instancia del pleito; y devuélvase el depósito constituído por parte de dicho recurrente.—(Sentencia publicada el 24 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Marzo del mismo año.)

54

RECURSO DE CASACIÓN (24 de Febrero de 1891).—Sala primera.— *Pago de cantidad.*—No ha lugar al interpuesto por D. Juan José Iruretagoyena en pleito con la Compañía de los ferrocarriles del Norte (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que los artículos 362, 369 y 374 del Código de Comercio se refieren al depósito ó venta judicial de la mercancía cuando corre riesgo de perderse, no se encuentra en su domicilio al consignatario, rehusa recibirla ó se niega al pago de los portes, y no son aplicables cuando la cuestión litigiosa planteada en la demanda y resuelta en la sentencia está circunscrita al abono del mayor ó menor valor de la mercancía transportada:

Que según dispone el art. 351 del citado Código, es preciso atenerse en los transportes verificados por las líneas férreas á los precios, plazos y condiciones que rigen en la explotación de las mismas:

Que según la 7.ª de las condiciones de aplicación de las Tarifas generales aprobadas por Real orden de 13 de Octubre de 1887, la Compañía del Norte se halla facultada para enajenar por cuenta de quien deba ser, con la intervención de los funcionarios de la Inspección del Gobierno y en pública licitación, cualquiera mercancía susceptible de deterioro que no se haya retirado en tiempo oportuno, levantando la correspondiente acta y conservando el producto de la venta, deducidos los portes y todos los gastos, á disposición del consignatario ó de quien acredite tener derecho á él.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Febrero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Oeste de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por Don Juan José Iruretagoyena y Caminos, comisionista, vecino de Irún, con la Compañía de los ferrocarriles del Norte de España, de este domicilio, sobre pago de cantidad, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, dirigido y representado por el Licenciado D. Francisco Pí y Margall y el Procurador D. Joaquín Díaz Pérez, habiéndolo estado la Compañía demandada y recurrida por el Letrado D. Pablo Martínez Pardo y el Procurador D. Manuel Martín Veña:

Resultando que el día 16 de Mayo de 1883, á las diez de la mañana, D. Domingo Agudo facturó en la estación del ferrocarril en Biurrún (Navarra), para ser transportadas, en pequeña velocidad, á Hendaya, á la consignación de D. Juan José Iruretagoyena, 34 pipas de vino común con peso de 24.181 kilogramos, consignándose en el talón resguardo entregado al remitente ser el precio de transporte á cobrar, 424 pesetas y 8 céntimos, y los plazos reglamentarios de dicho transporte, expedición dentro de las cuarenta y ocho horas, dos días de recorrido, de 151 á 275 kilómetros, entrega á las veinticuatro horas de la llegada del tren, y un aumento de veinticuatro horas en estos plazos, para la transmisión en cada estación de empalme; expresándose además por el Jefe de la de Biurrún que el día de la llegada sería el 22; y no habiendo tenido aviso de esto el 25, el consignatario Iruretagoyena se dirigió por carta al Comisario de la Inspección administrativa y mercantil del Gobierno en la estación de Irún del ferrocarril del Norte, D. Pedro Bastida, manifestándole hacía abandono de la mercancía y pedía le abonase la Compañía el total importe de las 34 pipas, expidiendo el expresado Comisario el siguiente día 26 un certificado para acreditar el recibo de aquella carta, en el cual consignó además que Iruretagoyena estaba en su perfecto derecho al hacer el abandono:

Resultando que en el citado día 26, siguiente al de la manifestación de abandono por Iruretagoyena, recibió éste por el correo aviso del Jefe de la Estación de Hendaya de la llegada de la expedición, y en el mismo día escribió al Jefe de reclamaciones é intervenciones de la Compañía, comunicándole el abandono hecho de las 34 pipas, y diciéndole que si aquélla estaba dispuesta á entregárselas libres de porte para el día 30, al mediodía, se comprometía á recogerlas en esa fecha precisamente, y no después, porque ya entonces serían de mucha importancia los daños y perjuicios:

Resultando que, según acta levantada en Irún el 7 de Junio por el mencionado Comisario administrativo y mercantil del Gobierno á presencia del testigo D. Juan Barrenechea, que la suscribió, así como el Jefe de la estación y el Factor principal, hallándose en el andén de ella el día 30 de Mayo anterior el Comisario y el Jefe, éste entregó al Factor 500 pesetas para que las llevara al domicilio de Iruretagoyena y se las entregara, á fin de que, pagando con ellas los portes, pudiera retirar de la estación de Hendaya las

34 pipas, desistiendo, de conformidad con lo propuesto por él á la Compañía, de la rehusa presentada; y regresado el Factor manifestando que Iruretagoyena se negaba á admitir la referida suma por pretender le fuera entregada oficialmente, el referido Jefe de estación, accediendo á sus deseos, se le había remitido inmediatamente de nuevo, acompañada de carta oficial, en que le manifestaba que, con objeto de que no hubiera para el agente responsable de aquella estación mayores perjuicios, acerca de la detención indebida de la expedición, le rogaba tuviera á bien admitir la cantidad que por no haber sido aquélla entregada á su debido tiempo había reclamado, sin poder tampoco el Factor hacer entrega de dicha carta á Iruretagoyena por no haberlo encontrado en su domicilio:

Resultando que al otro día 31 de Mayo recibió Iruretagoyena otra carta escrita en esta fecha por el propio Jefe de la estación de Irún, en la cual, diciendo contestar á una de aquél del mismo día, le manifestó podía retirar franca de porte la mercancía, y que si desde un principio hubiera sabido sus deseos, los habría satisfecho desde luego, por ser preferible para aquella estación abonar el precio de transporte á sufrir las consecuencias á que habría de dar lugar el retardo, si la Superioridad tuviese que resolver la reclamación:

Resultando que, según certificaciones del Comisario administrativo y mercantil, á las once de la mañana del 7 de Junio, presenció que de las 34 barricas de vino se habían llenado por partes iguales tres botellas, las cuales, lacradas y selladas con el de la Comisaría, quedaron una en su poder y las otras dos en el del Jefe de estación, con el objeto de que en su día pudiera demostrarse donde conviniese la clase y calidad de dicho vino; siendo repesadas en su presencia una á una el 10 del propio mes las 34 pipas, después de vacías, por haberse trasegado el vino á otras, que dieron un peso de 3.842 kilogramos, y según nueva acta levantada en 12 de Junio ante el con repetición enunciado Comisario administrativo y mercantil y dos testigos, en aquel día y con el fin de evitar el inminente deterioro, de los 24.181 kilos de vino común, ó fuesen 20.147 litros, se había procedido á su venta por cuenta y riesgo de quien correspondiera al precio de 20 pesetas hectólitro, adjudicándose como mejor postor á D. L. Lardy Mapins en la cantidad de 4.029 pesetas 40 céntimos, suma que el rematante entregó en el acto é ingresó en la Caja con el descuento de 35 pesetas 10 céntimos, por gastos de venta y 15 de sello:

Resultando que el día antes, ó sea el 11 de Junio, Iruretagoyena se dirigió nuevamente por carta al Jefe de reclamaciones é intervenciones de la Compañía, pidiéndole que, puesto que no había aceptado su proposición del 26 de Mayo, se sirviera ordenar se le abonasen 10.639 pesetas 45 céntimos, importe de las 34 pipas de vino, incluso los envases; contestando el citado Jefe, con fecha 15, que á pesar de no hallarse justificado el abandono, había procedido la Compañía á la venta del vino al precio de 20 pesetas hectólitro, precio que, dada la clase inferior del de las 34 pipas, era el corriente en Hendaya el día en que debió llegar allí la expedición, y estaba dispuesto á verificar el pago, deducidos los gastos de transporte, ya que en aquel precio iban incluídos; y respecto á los envases, hallándose todavía en poder de la Compañía, se les podía valorar por dos peritos que nombrasen las partes y, en caso de discordia, un tercero, de elección de las mismas; no esperando más que la conformidad de Iruretagoyena para designar el de la Compañía, y una vez conocido el valor de aquéllos, se le entregaría la cantidad total y se pondría fin al expediente:

Resultando que obran asimismo en los autos: una certificación presentada por el demandante, expedida en 31 de Mayo del ya dicho año 1888, por los comerciantes de Hendaya, Arizmendi y Escomba, relativa á haber sido en 25 de aquel mes el precio del vino el de 50 céntimos litro, asegu-

rando lo propio el Alcalde de la misma población al legalizar la firma de aquéllos, y confirmándolo el Vicecónsul de España en ella, al realizarlo de la del Alcalde; y otra certificación que presentó á su vez la Compañía demandada, librada en 7 de Junio siguiente por Dithurbide y Gentils, comerciantes, también vendedores de vino en Hendaya, cuyas firmas legalizó igualmente el Alcalde, así como la de éste el citado Vicecónsul, según la cual, durante la segunda quincena del anterior mes de Mayo, el vino ordinario procedente de Navarra se había vendido de 20 á 25 francos el hectolitro, libre de derechos en la estación:

Resultando que, á consecuencia de haberse averiado 134 litros de vino común, en una expedición consignada al referido Iruretagoyena, de Hendaya, y 22 de otra de la misma clase de vino é igual consignación, aparece, según certificaciones, fechas 25 del repetido mes de Mayo de 1888, que fueron tasados aquellos á razón de 40 céntimos cada uno, ó sea en 53 pesetas 60 céntimos los primeros y 8 con 80 los segundos; apareciendo también de cartas dirigidas al Iruretagoyena, desde Zaragoza en 26 de Enero y 12 de Febrero de 1887 y 9 de Mayo de 1888, por Lenharll, Palier y Kruger, que aquél adquirió las pipas para los envases de vino, de la enunciada casa, al precio de 40 francos cada una; y que con motivo de no haber llegado á su debido tiempo la expedición de las 34 pipas á que se refiere la reclamación deducida en los autos, D. Angel Garisoaín escribió á Iruretagoyena, en 4 de Junio del expresado año 1888, cargarle en cuenta 10.639 pesetas 45 céntimos; de ellas 9.279 con los 45 céntimos por el vino, á razón de 45 pesetas por hectólitro en la estación de Hendaya, y 1.360 por las pipas, á 40 pesetas cada una:

Resultando que en 1.º de Noviembre del precitado año 1888 formuló el D. Juan José Iruretagoyena la demanda de autos, solicitando se condenara á la Compañía de los caminos de hierro del Norte de España á pagarle, dentro del término de cinco días, 10.639 pesetas 45 céntimos, importe de las 34 pipas de vino que se encargó de transportar y no condujo á tiempo, con los intereses legales de esta suma y las costas, para lo cual hizo mérito del talón de transporte, de la carta de Iruretagoyena al Comisario administrativo, fecha 25 de Mayo, de la certificación del mismo Comisario, relativa á aquélla, del aviso de la llegada de la expedición y carta del propio Iruretagoyena dirigida al siguiente día 26 al Jefe de reclamaciones de la Compañía, y de la del Jefe de la estación de Irún, del 31 del propio mes de Mayo, llamando la atención en cuanto á ésta acerca de no indicar ni dar á entender fuese escrita por encargo del de reclamaciones, sino al contrario dicho Jefe de estación empezaba suponiendo contestar á una de Iruretagoyena que no existía, y hablaba por cuenta propia, expresando ser la indicada estación de Irún la que se prestaba al abono del transporte, con el fin de evitar mayores males, y expuso además ser también inexacto que desde el mediodía del 30 del enunciado mes de Mayo se hubiera inútilmente tratado de buscar á Iruretagoyena, pues éste era el primer agente de aquella población, teniendo abierta su casa y oficinas diariamente, á todas horas, y la supuesta carta podía haberla dejado el Factor á la primera ida, y aun obtener recibo de ella si se le hubiere pedido; que ni dicho día 30 de Mayo, al mediodía, había contestado el Jefe de reclamaciones á la proposición hecha el 26, ni lo había verificado persona alguna á nombre de aquél ó por sí propia, manifestándose dispuesta á entregarle la mercancía franca de porte, y por tanto quedó en pie el abandono hecho en forma el día 25, por lo cual dirigió la carta de 11 de Junio al Jefe de reclamaciones, quien contestó con la del 15, desatentada como hija del despecho, á la cual no lo verificó Iruretagoyena por estar vendido el vino transportado, y ser él, como sabían en la Compañía cuantos le conocían, comisionista y agente de aduanas, pero no comerciante;

siendo el dueño de dicho vino D. Angel Garisoaín, quien según la carta de 4 de Junio le cargó en cuenta los 10.639 pesetas 45 céntimos que la misma expresaba; que el precio del vino en Hendaya el día del abandono del mismo, ó sea el 25 de Mayo, era no sólo de 45 pesetas el hectólitro, sino también de 50, demostrándolo así el certificado de los comerciantes Estomba y Arismendi y lo aseverado al legalizar sus firmas por el Alcalde de Hendaya y nuestro Vicecónsul en aquella plaza al legalizar la del último, y la propia Compañía, dicho día 25 de Mayo, estimaba en Hendaya, según tasación de peritos nombrados por ella y por Iruretagoyena, el precio del vino común en 40 pesetas el hectólitro, ó lo que era lo mismo, 40 céntimos litro, al ser apreciadas las averías de las expediciones á que se referían los dos certificados sobre el particular ya mencionados, cargando de consiguiente Garisoaín á Iruretagoyena en su cuenta el precio medio entre el señalado respectivamente por Estomba y Arismendi y los peritos de la Compañía, dando á los envases el precio corriente, como lo demostraban las cartas de la casa Lenharll, Parlier y Kruger; que la Compañía estaba obligada al pago de la cantidad objeto de la demanda, con arreglo á los artículos 63, 316, 353, 370 y 371 del Código de Comercio, obligación tanto más evidente, cuanto que por la carta de 15 de Junio el Jefe de reclamaciones había aceptado el abandono, y aquélla se había permitido vender la mercancía al precio ínfimo de 20 pesetas hectólitro; que la referida Compañía pudo librarse de dicha obligación si el expresado Jefe de reclamaciones hubiera contestado á la carta de Iruretagoyena de 26 de Mayo, manifestándose dispuesto, en nombre de aquélla, á entregar al encargado para el mediodía del 30, francas de porte, las 34 pipas, pues entonces, coincidiendo la voluntad de ambas partes, habrían nacido nuevas obligaciones y derechos, pero como entre dichas partes no hubo mutuo y simultáneo consentimiento, no pudo haber novación de obligaciones; y que admitido el abandono, estuvo la Compañía en su derecho enajenando el vino de las 34 pipas al precio que quisiera, mas esto no la eximía de pagar al cargador el que tenía en Hendaya el día en que hubo de llegar la mercancía á su destino, así como en los mismos términos, y no á tasación de peritos, el de los envases, los cuales se debían reputar en aquel caso como extraviados y perdidos, según el Código; citando también la ley 12, tít. 11, Partida 5.ª:

Resultando que la Compañía impugnó la demanda pidiendo que se le absolviera de ella por no haber causado el retraso perjuicio que justificara el abandono de la mercancía; y por reconvención, que se condenara á Iruretagoyena al pago de los derechos de almacenaje de las 34 pipas, á contar desde el 26 de Mayo de 1888 hasta el día que las recogiera, y de los portes, gastos y desembolsos de que se descontaría el precio obtenido en la venta del vino, y si á esto no hubiere lugar, se declarara que no estaba obligada á pagar el precio que el demandante reclamaba, sino el que realmente tuvo la mercancía vendida en pública subasta, rebajando lo correspondiente á almacenaje, portes y demás gastos que la Empresa hubiese satisfecho, todo con las costas; y al efecto, con indicación de los demás antecedentes ya relacionados, alegó: que el 25 de Mayo por la mañana, Iruretagoyena dirigió carta al agente de la Compañía en Hendaya, manifestándole que no habiendo llegado la expedición dentro del plazo reglamentario la abandonaba y reclamaba su importe, y al siguiente día varió de propósito manifestando en la carta al Jefe de reclamaciones, que si le dispensaba del pago de los portes, recogería dicha expedición, siempre que esto tuviera lugar antes del 30 al mediodía, pues en este caso serían mayores los daños y perjuicios que reclamaría; y la oficina de reclamaciones, que ignoraba en absoluto lo ocurrido en Irún, pidió antecedentes é informes al Jefe de aquella estación, y recibidos, aceptó la proposi-

ción de Iruretagoyena y dió las órdenes oportunas al citado Jefe de estación para que entregase las pipas libres de portes; que el contenido del acta de 7 de Junio referente al día 30 de Mayo, comprobaba que la Compañía aceptó la proposición de Iruretagoyena y se lo manifestó dentro del plazo por él marcado, y aquél, buscando un pretexto, faltó á su proposición; y deseando la Compañía ó su representante en Irún evitar cuestiones y litigios, salvó el pretexto y se apresuró á poner otra vez á disposición de aquél, dentro siempre del plazo señalado, el precio de los portes, sin conseguir su objeto, por no estar ya Iruretagoyena en su casa; pasando los días, y en vista de que no insistía en su proposición de 26 de Mayo, la Empresa procedió el 12 de Junio siguiente á la venta del vino en pública subasta, concurriendo á ella el Comisario de la Inspección administrativa y mercantil del Gobierno y dos testigos; y conteniendo los 34 bultos, 20.147 litros, fueron adjudicados á D. L. Lardy Mapins, á 20 pesetas el hectólitro, ó sea por 4.029 pesetas 40 céntimos; que como había notable diferencia entre el número de litros de vino que el demandante reclamaba y los que en realidad contenía la expedición y había vendido la Compañía, convenía dejarlo consignado y comprobado por los documentos acompañados, enfrente de las exageradas reclamaciones de aquél; que la certificación de los comerciantes Arismendi y Escomba era inútil para el caso, por hablar del precio del vino en general, sin concretar, como debía hacerlo, si se refería á vino común ó de clases superiores, ni decir tampoco si era del procedente de Navarra ó del de otros puntos de la Península, dato de suma importancia, ni expresar si se refería á vino libre ó no de derechos; que la Compañía insistía en valer las cosas lo que por ellas se da en el mercado, presentando á mayor abundamiento la certificación de los otros dos comerciantes, Dithurbide y Gentils, comprensiva de todas aquellas circunstancias; que el demandante no negaría que el vino fuera ordinario, según lo decía el talón; pero si sobre este punto se suscitara alguna duda, el acta adjunta de fecha 7 de Junio acreditaba que de aquél se habían llenado, lacrado y sellado tres botellas, que se depositaron dos en poder del Jefe de la estación y otra en el del Comisario administrativo, para que su día pudieran ser objeto de los reconocimientos periciales convenientes; que la cita de las valuaciones, con arreglo á las cuales en dos reclamaciones se había pagado á razón de 40 céntimos el litro de vino, de nada servía, por tratarse en ellos de cantidades insignificantes, y la Compañía, para evitar litigios, hizo un sacrificio que no estaba dispuesta á repetir cuando se le reclamaban con notable exageración otras de importancia, y porque además aquellas reclamaciones se referían á averías en el transporte y transacciones por ellas; que la Compañía aceptó por carta, antes del mediodía del 30 de Mayo, la proposición del demandante del 26, y así quedó perfeccionado, según el art. 54 del Código de Comercio, el nuevo contrato que aquél debió guardar y cumplir, y al cual faltó, no habiéndole exigido la Compañía el cumplimiento, porque los mismos actos del demandante la obligaron, en evitación de mayores perjuicios, á proceder á la venta del vino, retrotrayendo las cosas al ser y estado que tenían el 26 de Mayo; que el retraso en el transporte obligaba á la indemnización de daños y perjuicios, con arreglo al art. 7.º de la Real orden de 10 de Enero de 1863, al 137 del Reglamento de Ferrocarriles y al 370 del Código de Comercio, siendo indudable que este derecho y el de abandono de la mercancía no eran acumulables, como lo demostraba el mismo demandante, que únicamente pedía el precio de la mercancía y no la indemnización; pero esos derechos alternativos del consignatario no dependían sólo de su voluntad, sino que exigían la existencia de perjuicios, y por eso el art. 371 del citado Código se refería á los precedentes, esto es, á los casos en que habiendo daños y perjuicios, el acreedor optaba por el abandono

de la mercancía en vez de optar por la indemnización de aquéllos; que pues hizo el abandono, estaba reducido á recibir el precio obtenido en la subasta, habiendo de atenerse á la carta de porte, según el art. 353 del repetido Código; que aun cuando el demandante afirmaba componerse la expedición de 20.621 litros, las pipas sólo contenían 20.147, que fueron los vendidos, y del precio por ellos obtenido respondía la Compañía en su caso, pero no de lo que arbitrariamente se pedía en la demanda; que no habiendo tenido el demandante derecho para abandonar la expedición, tampoco lo tenía para reclamar nada por el valor de las pipas, las cuales se encontraban en la estación de Irún, de donde pódía retirarlas cuando quisiera; que demostrado no deber la Compañía cantidad alguna por el valor de la expedición, ni por las pipas, tampoco debía intereses; y por el contrario, el demandante la debía los derechos de almacenaje de las pipas desde el día 26 de Mayo de 1888, en que pudo y debió recoger la expedición, hasta que se hiciera cargo de aquéllas, y la debía igualmente los portes, no pagados todavía, con sus intereses legales desde la citada fecha, y cualquier otro gasto ó desembolso que la Compañía hubiese hecho por razón de la expedición:

Resultando que continuada la sustanciación del juicio en dos instancias, habiendo practicado prueba la parte demandada, en la que los firmantes de las actas de 7, 10 y 12 de Junio de 1888 reconocieron sus respectivas firmas; declarando el Factor principal de la estación de Irún, de conformidad con lo consignado en la primera de aquellas actas, acerca de la remisión á Iruretagoyena de las 500 pesetas, con lo demás que de la propia acta aparece y se ha referido al hacer mérito de ella, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 8 de Abril del año próximo pasado sentencia confirmatoria con las costas de la segunda instancia de la del Juzgado, por la que se declara venir obligada la Compañía demandada á pagar al demandante el precio del vino vendido en pública licitación, libre de portes, y á la devolución de las 34 pipas, sin pago de almacenaje; absolviéndola de las demás reclamaciones del actor, así como á éste de la reconvención propuesta por la Compañía; sin hacer expresa condena de costas de primera instancia:

Resultando que, previo depósito de 1.000 pesetas, del cual acompañó el oportuno resguardo, D. Juan José Iruretagoyena ha interpuesto recurso de casación, como autorizado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los motivos siguientes:

1.º Suponiendo novado el contrato, la sentencia, con sancionar la venta del vino hecha por la Compañía y obligar á Iruretagoyena á que pase por ella, infringe el art. 369 del Código de Comercio, toda vez que, aun en el caso de haberse negado el consignatario á recibir la mercancía, la Compañía habría venido obligada por dicho artículo á proveer su depósito por el Juez municipal, ya que en Irún no le hay de primera instancia; pues, dada la novación, las mercancías eran de la plena propiedad de aquél, y sólo el mismo podría venderlas; porque los porteadores no pueden vender las abandonadas, sino en contadísimos casos, y en éstos siempre por medio de las Autoridades judiciales; como sucede cuando un consignatario demora el pago de los gastos y portes de los géneros que *recibe,* en cuyo caso el porteador puede, veinticuatro horas después de su entrega, exigir la venta de los géneros que condujo, en cantidad suficiente á cubrir dichos portes y gastos; pero la venta ha de ser judicial, según el art. 374 del citado Código, siendo, de consiguiente, condiciones indispensables para exigir esta venta: primera, el recibo de la mercancía por el consignatario; y segunda, la demora en el pago de portes y gastos; pudiendo también el portador, conforme al art. 362 del propio Código, vender la mercancía no abandonada, cuando, á pesar de haber tomado todo género de

precauciones para evitar averías, los efectos, por su naturaleza ó por accidentes inevitables, corran riesgo de perderse; *pero sólo cuando no haya tiempo para que dispongan de ellos sus dueños;* y aun en tal caso, *poniéndolos*, con este objeto, *el de venderlos, á disposición de la Autoridad judicial ó de los funcionarios que determinen disposiciones especiales;* y precisamente Iruretagoyena es vecino del mismo lugar en que se verificó ó se dice verificada la venta;

Y 2.º Subsistente el abandono, con obligar á Iruretagoyena á estar y pasar por la venta verificada en Irún el día 12 de Junio, quedaban infringidos los artículos 363 y 371 del mismo Código, según los cuales, por las mercancías abandonadas ó extraviadas, que en el caso de autos era lo mismo, había de pagar el portador un total importe por el valor que hubieran tenido en el lugar donde debieron ser entregadas y en la época en que correspondía hacer su entrega, puesto que las 34 pipas de vino estaban destinadas á Hendaya (Francia), habiendo de entregarse el 22 de Mayo, y la venta se hizo en Irún (España) el 12 de Junio; sin existir, por otra parte, artículo alguno del citado Código en el cual se prescriba haya de estimarse el total importe de las mercancías abandonadas por el precio á que el porteador las venda, sobre todo si, como aquí sucede, se las vende extrajudicialmente y hasta sin anuencia del consignatario; equiparando el mencionado art. 371 las mercancías abandonadas á las extraviadas, las cuales no cabe vender; y en su consecuencia, el importe de las de que se trata se ha de estimar por el precio de la cotización del lugar de destino donde lo haya, ó por los que mejor puedan saberlo, donde no se las cotice; habiendo traído á los autos la Compañía certificación de dos comerciantes de Hendaya, y el recurrente, no sólo la de otros dos, sino también la del Alcalde del mismo punto y de nuestro Vicecónsul en aquella plaza, documentos cuyas firmas no se habían hecho reconocer durante el período de prueba, porque nunca dudó de su autenticidad la expresada Compañía; y si se llegase á sancionar por este Tribunal que los consignatarios de mercancías abandonadas hubieran de estar y pasar por el precio de venta que los porteadores hicieran, aunque fuese en pública subasta, sin su anuencia y hasta sin intervención alguna judicial, pondría en manos de los segundos el medio de vengarse de cuantos hicieren uso del derecho moderadamente consignado en el predicho art. 371; siendo ejemplo patente de ello lo sucedido en el actual caso, en que los dos comerciantes de la parte de Iruretagoyena, el Alcalde de Hendaya y nuestro Vicecónsul, afirmaban ser el precio del vino en aquel lugar, y en la indicada fecha, el de 50 pesetas por hectólitro; D. Angel Garisoaín, para quien eran las 34 pipas, lo estimó á 45 pesetas, y la misma Compañía en aquellos días lo había pagado en diversos arbitrajes, obrantes en autos, á 40, y lo vendió después á 20; verificándolo á tan bajo precio en la confianza de que se había de hacer pasar por éste á Iruretagoyena.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que son inaplicables y no han podido infringirse los artículos del Código de Comercio invocados en el motivo 1.º del recurso, que se refieren al depósito ó venta judicial de la mercancía cuando corre riesgo de perderse, no se encuentra en su domicilio al consignatario, rehusa recibirla ó se niega al pago de los portes, ya porque la cuestión litigiosa planteada en la demanda y resuelta por la sentencia está circunscrita al abono del mayor ó menor valor del vino transportado, sin que acerca de si debió enajenarse judicial ó extrajudicialmente se haya suscitado reclamación ni debate en el pleito, ya porque siendo preciso atenerse en los transportes verificados por las líneas férreas, según dispone el art. 351 del citado Código, á los precios, plazos y condiciones especiales que rigen en la explotación de las mismas, no cabe duda de que la Compañía de los ca-

minos de hierro del Norte estuvo en su derecho al vender en la forma en que lo hizo la partida de vino consignada al recurrente, en razón á que por la 7.ª de las condiciones de aplicación de las Tarifas generales aprobadas por Real orden de 13 de Octubre de 1887, condición que es una de las del contrato celebrado, ley principal en la materia, se halla facultada la Empresa porteadora para enajenar por cuenta de quien deba ser, con intervención de los funcionarios de la Inspección del Gobierno y en pública licitación, cualquiera mercancía susceptible de deterioro que no se haya retirado en tiempo oportuno, levantando la correspondiente acta y conservando el producto de la venta, deducidos los portes y todos los gastos, á disposición del consignatario ó de quien acredite tener derecho á él:

Considerando respecto del segundo motivo que sobre fundarse en el supuesto equivocado de que no hubo novación del contrato y se abandonó la mercancía, la fijación del verdadero precio de ésta es cuestión de hecho que la sentencia decide en vista del resultado de las pruebas practicadas, sin que el recurrente, que no articuló ninguna en el período correspondiente, ni acerca del extremo de que se trata, ha traído á los autos otro justificante que la certificación presentada con la demanda, haya demostrado que en la apreciación de la Sala sentenciadora exista error alguno de los que señala el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan José Iruretagoyena, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito que ha constituído, el cual se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de esta corte, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 24 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Abril del mismo año.)

55

Recurso de casación (25 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Cumplimiento de contrato.*—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco Cervantes en pleito con D. Gonzalo Saavedra (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no es de estimar la infracción de las leyes 58, tít. 5.º, y 12, tít. 11, Partida 5.ª, cuando lo único condicionado es una circunstancia que en nada modifica ni suspende la eficacia y alcance de las obligaciones y derechos creados por el contrato:

Que no se infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, imponiendo á la parte obligada el abono de intereses por la falta de beneficios ofrecidos en la explotación de una mina, y para cuyo fin puso á disposición de aquél la cantidad convenida el otro contratante:

Que carece de derecho para pedir la rescisión del contrato la parte que falta al cumplimiento del mismo.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Febrero de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Este de esta capital, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, por D. Gonzalo Saavedra y Cueto, Marqués de Bogaraya, propietario, de esta vecindad, con D. Francisco Cervantes Guarinos, minero, vecino de Llerena, sobre cumplimiento de un contrato y pago de pesetas: pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el segundo, y en su defensa y representación el Letrado Don Nicolás Salmerón y el Procurador D. Celestino Armiñán; habiéndolo es-

tado la parte recurrida por el Abogado D. Laureano Figuerola y el Procurador D. Luis García Ortega:

Resultando que en escritura otorgada en esta corte el 14 de Julio de 1886, por D. Gonzalo Saavedra y Cueto, Marqués de Bogaraya, de una parte, y de otra D. Francisco Cervantes Guarinos, expresó éste corresponderle, en propiedad, dos minas de hierro denominadas *Monstruo* y *Ya te lo decía,* situadas en el término municipal de Fuente del Arco, provincia de Badajoz, que se encontraban afectas á una hipoteca voluntaria, importante 500 libras esterlinas, á favor de la Compañía inglesa Jones y Cowper, y necesitando el D. Francisco arbitrar recursos para atender tanto á la explotación de esas minas como á la construcción de un ferrocarril de los llamados aéreos, que pusiera en comunicación el producto de aquéllas con la estación del ferrocarril de Fuente del Arco, propuso este negocio al Marqués de Bogaraya; y conformes con las bases del contrato, lo llevaban á efecto, bajo las condiciones que se expresan, entre ellas: primera, el Marqués de Bogaraya entregaba á D. Francisco Cervantes en el acto del otorgamiento de la escritura 90.000 pesetas como empréstito reintegrable; segunda, como la cantidad comprometida en mutuo era de 150.000 y las entregadas por el Marqués sólo eran 90.000, quedaban en poder de éste las 60.000 restantes hasta que Cervantes formalizase un contrato serio con un fabricante de material de ferrocarriles llamados aéreos, por el importe de dicha cantidad, ó lo que fuese bastante para construir un ramal de ferrocarril, que partiendo de las minas mencionadas terminase en la estación de Fuente del Arco, empalmando con el ferrocarril de Mérida á Sevilla; cuyo camino férreo debería estar construído para 1.º de Enero de 1887: bien entendido que si llegare la fecha indicada sin haber conseguido su propósito Cervantes, facultaba á su acreedor el Marqués de Bogaraya para que, colocándose en su propio lugar y grado y haciendo de causa ajena la suya propia, contratase por Cervantes el camino férreo expresado, pagando su importe con las 60.000 pesetas, que en otro caso hubiera recibido dicho Cervantes, quedando obligado éste á aceptar, con cargo al transporte de minerales, el peaje que por tonelada exigiera el fabricante del ferrocarril aéreo que se instalase, hasta el completo pago de su costo, ó sea desde las 60.000 pesetas en que se presupuestaban las obras y material necesario hasta su total costo para poderlo explotar; y el cumplimiento de esta condición suspensiva del contrato, en lo referente á las 60.000 pesetas que quedaban en poder del Marqués, se acreditaría por medio de acta notarial que se levantaría á requerimiento de cualquiera de las partes contratantes, haciendo constar en ella: primero, el estado de las obras del camino aéreo, y si estaba concluído, la entrega por parte del Marqués á Cervantes de las 60.000 pesetas que, como parte de las 150.000 contratadas en mutuo, tenía desde entonces á disposición de este negocio; segundo, si el camino no estuviera empezado ó terminado, para que se hiciese cargo Bogaraya del estado en que se encontrase, á fin de que por su iniciativa empezaren ó continuaren las obras hasta su terminación, pagando su importe con las enunciadas 60.000 pesetas; tercero, una copia del acta que se levantase sobre los hechos expuestos, en uno ú otro sentido, daría derecho al Marqués para reintegrarse de los desembolsos hechos, en la forma que se expresaría más adelante, haciéndose constar por nota marginal en el Registro de la propiedad de Llerena el cumplimiento de esta condición suspensiva, y abonándose entonces al Estado los derechos que devengase, con cargo á Cervantes; cuarto, éste se obligaba á devolver y pagar al Marqués de Bogaraya las 150.000 pesetas del préstamo en el término de cinco años, á contar desde la fecha del acta notarial que se levantase para hacer constar la terminación de la vía férrea aérea enunciada; y llegado el vencimiento del plazo tendría obligación Cervantes de satisfacerlo íntegro y en

una sola partida al Marqués, en su casa y poder, en esta corte, ó quien le representase, y de no hacerlo con toda puntualidad, consentía se le apremiase á ello en la vía ejecutiva, siendo de su cuenta todas las costas, gastos, daños y perjuicios que se originasen al acreedor, al cual, sin perjuicio de las demás acciones que le competieran, le concedía el derecho de incautarse desde luego de las relacionadas minas, para que con el producto de su mineral se reintegrase con toda preferencia del principal mutuado; quinto, si al Marqués le conviniera prorrogar el contrato por otros cinco años más, bajo las condiciones pactadas, podría desde luego hacerlo, con sólo notificar su decisión á Cervantes con un mes de anticipación al vencimiento de los cinco años forzosos, bien entendido que si notificara la prórroga á Cervantes tendría éste obligación de continuar en el contrato hasta que transcurriera el período de los diez años, sin excusa ni pretexto de ningún género; sexto, Cervantes pagaría á Bogaraya, por concepto de intereses de las 150.000 pesetas dadas en mutuo, 10 penikes de moneda inglesa por cada tonelada de 1.000 kilogramos ó 1.015 de mineral de hierro extraído para la explotación de las minas; con cuyo objeto el Marqués tendría derecho á nombrar una persona de su confianza para intervenir y certificar la cantidad de mineral que se extrajera, embarcase ó vendiera, sin perjuicio de los estados que le había de entregar Cervantes sobre los mismos extremos intervenidos; y, además de los 10 penikes por tonelada, Cervantes pagaría también al Marqués otro penike de moneda inglesa por cada unidad de riqueza que pasara de 60 por 100 en cada tonelada, al practicarse el análisis para la venta del mineral, quedando con este objeto comprometido Cervantes á informar puntualmente, por escrito, al Marqués de los análisis practicados que sirvieran de base para las ventas, pudiendo intervenir en los ensayos; y si de esta intervención resultasen diferencias sensibles de apreciación en la riqueza del mineral, se sometería éste á nuevo análisis de persona competente de la localidad, elegida por suerte, y á su dictamen se someterían las partes; octavo, Cervantes quedaba obligado á una explotación anual de 100.000 toneladas, de 1.000 kilogramos ó 1.015 cada una, como mínimum de las minas; noveno, el mencionado pago de 10 penikes por tonelada se realizaría seguidamente á cada embarque ó venta de mineral que se verificase, siendo obligatorio aquél en la plaza de Sevilla, y la riqueza en más del 60 por 100, á razón de un penike por unidad que dieran los análisis practicados y admitidos por el comprador, á partir del citado tipo del 60 por 100, los abonaría Cervantes al Marqués de Bogaraya dentro del plazo de noventa días de su entrega al comprador; décimo, el primer día de Julio de cada uno de los años de duración del contrato se sumarían las toneladas de mineral de hierro explotadas y vendidas por Cervantes, y si de esta cuenta resultare no haberlo hecho del mínimum de 100.000 toneladas por año, abonaría al Marqués dentro del mes fijado para la liquidación el interés señalado al número de toneladas que faltasen para completar las 100.000, á razón de 10 penikes por cada una; duodécimo, si Cervantes faltare á lo pactado y por esta causa tuviera necesidad el Marqués de entablar acciones judiciales ó reclamaciones privadas, quedaba comprometido aquél á su acreedor por las costas, gastos, daños y perjuicios que se le pudieran originar, á pagar hasta la suma de 15.000 pesetas, sin perjuicio del derecho que desde luego le concedía al Marqués de Bogaraya de incautarse seguidamente de las minas, instalaciones hechas para las labores y transportes, casas, máquinas, obras, herramientas, dependencias y demás que pudiera pertenecerle, dirigiendo desde entonces éste por su cuenta la explotación y beneficio de los minerales en la forma que estimase más conveniente, hasta reintegrarse en totalidad de las 150.000 pesetas del préstamo y de los beneficios á que tenía derecho por vía de intereses, según

lo anteriormente expresado, sin que pudieran redimirse en conjunto, ni separadamente, con la devolución del capital mutuado, antes de la fecha de la terminación del contrato, si no se abonaban además al acreedor los beneficios de todo el tiempo que faltare para la terminación indicada, con arreglo á lo que podría prometerse en una explotación nada exagerada de 200.000 toneladas anuales de mineral; décimotercero, en garantía de las 150.000 pesetas del préstamo, de las 15.000 fijadas para costas y gastos y de las demás condiciones del contrato, estableció Cervantes hipoteca voluntaria con las dos enunciadas minas, en la forma que se expresó; décimoquinto, presente el Marqués de Bogaraya, enterado detenidamente del contenido de la escritura y de sus efectos legales, dijo aceptarla por su parte en cuantos extremos comprendía, por encontrarse redactada en los términos convenidos con el D. Francisco Cervantes; y de conformidad á lo estipulado en la cláusula 2.ª, quedaba en su poder, á disposición de este negocio, la suma de 60.000 pesetas, destinada al pago del material del ferrocarril aéreo que para 1.º de Enero entonces próximo debía tener concluído Cervantes, para que las minas se pusiesen en comunicación con el de Mérida á Sevilla en la estación de Fuente del Arco, y de no hacerlo así, se comprometía el que hablaba á construirlo con dichos fondos y los demás necesarios, con cargo á Cervantes, de su importe, levantándose la oportuna acta notarial, á los efectos indicados en dicha cláusula 2.ª, para que por nota marginal se hiciese constar seguidamente en el Registro de la propiedad de Llerena; décimosexto, los otorgantes señalaban esta capital como su domicilio legal para todos los actos y diligencias á que pudiese dar lugar el contrato, no sometidas expresamente en el mismo á otro punto; y décimoséptimo, si surgieran dificultades por la interpretación de algunas cláusulas del contrato, los otorgantes se sometían desde luego á la decisión de amigables componedores, que nombrarían en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil y un tercero, caso de discordia, designado por insaculación, siendo ejecutorio para ambas partes el laudo que éste pronunciara:

Resultando que por acta notarial de 29 de Julio de 1887, levantada á requerimiento de Cervantes y del apoderado del Marqués de Bogaraya, se hizo constar que recorrido el trayecto como de 5 kilómetros próximamente que mediaba entre las minas *Monstruo* y *Ya te lo decía* y la estación de Fuente del Arco, en la línea férrea de Mérida á Sevilla, no se encontraron obras de ninguna clase que indicaran se hubiese empezado la construcción del ferrocarril aéreo, á excepción de algunas estacas enclavadas en el terreno, á distancias desiguales, que, según indicación de los requirentes, marcaban la dirección que había de llevar aquel camino; habiéndose tomado razón de esta acta en el Registro de la propiedad de Llerena:

Resultando que igualmente en acta notarial, fecha 27 de Agosto del expresado año 1887, se acreditó la entrega á un hijo de D. Francisco Cervantes, en el domicilio de éste, de una carta del Marqués de Boraya, de 24 del propio mes, en la cual, recordándole el contenido de las principales condiciones de la escritura de 14 de Julio de 1886, le requería para que le dijese si había formalizado ó no un contrato serio con algún fabricante de material de ferrocarriles llamados aéreos, por el importe de las 60.000 pesetas que con este objeto determinado tenía en el Banco, manifestándole si con las 90.000 recibidas, tanto para la explotación de sus minas como para construir dicho ferrocarril, había explotado y vendido las 10.000 toneladas de 1.000 kilogramos de mineral que, como mínimum, había debido extraer de aquéllas durante el año, y presentase la cuenta del indicado mineral extraído, explotado y vendido, para fijar la liquidación del interés que le correspondía, cuya liquidación debió presentar Cervantes el 1.º del precipitado mes de Julio, á fin de usar el Marqués de su dere-

cho de subrogarse en lugar de aquél, con todos los que le concedía la cláusula 2.ª de la escritura, y reintegrarse de las 150.000 pesetas con los intereses, costas y gastos estipulados y los que se originaran por haber faltado á lo contratado; en la inteligencia de que haría inscribir en el Registro de la propiedad la entrega de aquella carta, con arreglo á la condición 15; contestando Cervantes en otra carta de 30 del enunciado mes de Agosto de 1887 al Marqués de Bogaraya, ser éste quien había infringido el contrato; y como tal infracción le privaba de todo derecho emanado del mismo, levantaba acta notarial á los efectos legales oportunos, entre ellos el de inscripción en el Registro de Llerena, si el Marqués hacía lo que le indicaba, pues éste no tenía ningún privilegio de que Cervantes no pudiese disfrutar, ni celebraron el contrato de 14 de Julio del 86 al objeto de que todo los del expresado Cervantes y sus minas fueran para el Marqués, y los deberes y la deuda, con la inmensa pesadumbre de los intereses, que gravitaran sobre aquél:

Resultando que con los enunciados antecedentes, previo acto de conciliación sin avenencia, formuló el repetidamente mencionado Marqués de Bogaraya en 7 de Diciembre de 1887 la demanda de autos, repartida al Juzgado de primera instancia del distrito del Este de esta corte, en la que, ejercitando la acción personal, pidió se condenase á D. Francisco Cervantes: primero, á que le pagase la suma de 104.200 pesetas, ó lo que fuere procedente, previa liquidación, como intereses y beneficios de la primera anualidad, vencida en 1.º de Julio anterior, de las 150.000 pesetas comprometidas en mutuo, contadas á razón de 10 penikes de moneda inglesa por tonelada, sobre un mínimum de 100.000 de mineral explotado anualmente; y segundo, á que quedase subrogado desde luego el Marqués para la contrata y construcción del ferrocarril aéreo desde las minas *Monstruo* y *Ya te lo decía* á la estación de Fuente del Arco, en los términos y para todos los efectos consignados en la condición 2.ª del contrato de 14 de Julio de 1886, todo con condena de costas, gastos y pago de intereses de demora; alegando al efecto, además de hacer mérito de la escritura y cartas que acompañó, que ni en 1.º de Enero de 1887, término del plazo escriturario para la construcción del ferrocarril aéreo por Cervantes, ni en tres meses que luego le dió de prórroga el Marqués, ni en 29 de Julio siguiente, había construído aquél la expresada línea férrea como estaba obligado á hacerlo, ni recibido el demandante estado alguno de extracción ó venta del mineral de las minas, así como tampoco la liquidación que debió darle el mismo Cervantes en el mencionado día 1.º de Julio, ni el importe de las 100.000 toneladas que éste se obligó á explotar como mínimun; por todo lo cual le dirigió el requerimiento contenido en la carta que se entregó por acta notarial, sin obtener éxito, cual demostraba la contestación dada á aquélla; que los contratos son ley en todo lo concertado por las partes, conforme lo dispuesto en la 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, debiendo cumplirse estrictamente, como así lo tiene establecido con repetición este Tribunal Supremo en muchas decisiones, entre ellas la de 11 de Julio de 1883; y que por la ley del contrato de autos y la 8.ª, tít. 22 de la Partida 3.ª, habían de imponerse las costas al demandado, pues se obligó á pagar las ocasionadas por su incumplimiento de lo ofrecido:

Resultando que D. Francisco Cervantes se opuso á la demanda, y formuló reconvención pidiendo se declarase que atendidas las dificultades dimanadas de la interpretación de algunas cláusulas del contrato, se sometieran los contratantes á la decisión de amigables componedores, según en él habían estipulado, y cuando á esto no hubiere lugar, se le absolviera de dicha demanda con imposición de costas al actor, declarando rescindido el expresado contrato y condenando al referido actor á que indemnizase á Cervantes en cantidad de 208.400 pesetas anuales, á contar desde el trans-

curso del plazo en que debió tener construído el ferrocarril aéreo, exponiendo en lo relativo á la demanda: que como legítimo propietario de las minas *Monstruo* y *Ya te lo decía,* concertó con el Marqués de Bogaraya, con el objeto de explotarlas, un préstamo de 150.000 pesetas, percibiendo sólo 90.000 y quedando las restantes en poder del mutuante hasta que Cervantes formalizase con un fabricante de material de ferrocarriles aéreos un contrato serio por el importe de esta última cantidad, ó la bastante para la construcción de uno de ellos, el cual había de estar efectuado el día 1.º de Enero de 1887, y de no ser así, facultó el demandado al prestamista para colocarse desde luego en su propio lugar y grado, contratando el expresado camino férreo, pagando su importe con las 60.000 pesetas, y quedando Cervantes obligado á aceptar con cargo al transporte del mineral el peaje que por tonelada exigiese el fabricante; que la duración del contrato había de ser de cinco años, prorrogables por otros cinco, á voluntad del Marqués, empezando á contarse desde el día en que se levantara el acta notarial justificativa de la terminación del ferrocarril aéreo; que el Marqués no había contratado la construcción de éste á pesar de la obligación contraída, infringiendo así lo estipulado é impidiendo la explotación de las minas; que se pactó igualmente en el contrato que para el caso de surgir entre los contratantes alguna dificultad en la interpretación de alguna de sus cláusulas, se sometían desde luego á la decisión de amigables componedores; y que, aparte de las respectivas obligaciones del mutuante y mutuatario sobre la construcción del ferrocarril, no había de empezar á regir el repetido contrato hasta hallarse aquél construído; apoyándose también en lo dispuesto en la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y en la doctrina consignada en sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1883, acerca de ser los contratos ley entre los contrayentes; en disponer la ley 58, tít. 5.º, Partida 5.ª, y resolverse en la sentencia de 15 de Enero de 1867, entre otras, depender la realización de un pacto condicional de la condición estipulada; en ser eficaces solamente los contratos cuando se llenan sus condiciones y cumplen las partes con lo estipulado, según sentencia de 24 de Diciembre de 1866, no empezando á correr los plazos señalados para su ejecución, cuando se fija el día ó momento en que deben comenzar á regir, hasta que dicho día ó momento llegan, según sentencia también de 6 de Marzo de 1865; y en que pugnando abiertamente la demanda interpuesta con el contrato de su referencia y con las leyes, procedía desestimarla con las costas, en observancia de la 8.ª, título 22, Partida 3.ª:

Resultando que en lo relativo á la reconvención expuso la precitada parte demandada haberse obligado expresamente el Marqués de Bogaraya, según la cláusula 2.ª de la escritura y su aceptación, á contratar y ejecutar la construcción del susodicho ferrocarril aéreo á nombre de Cervantes, si al llegar el 1.º de Enero de 1887 no lo hubiera éste verificado, conservando para ello en su poder 60.000 pesetas de las 150.000 del préstamo; no obstante lo cual, aquél no había contratado el ferrocarril, infringiendo así el contrato é irrogando á Cervantes los perjuicios consiguientes á la falta de explotación de sus minas, hallándose pronto éste, que no intentaba enriquecerse torticeramente, á devolver á aquél las 90.000 pesetas prestadas si le indemnizaba de los perjuicios causados, ó á darse con ellas por satisfecho de parte de la indemnización; y que eran doctrinas incontrovertibles que cuando una parte falta al cumplimiento de la condición impuesta en un contrato bilateral, podía la otra exigir su rescisión y obligar el incumplimiento de lo estipulado á la indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que al evacuar los traslados de réplica y dúplica, insistieron las partes en sus respectivas alegaciones y peticiones, deduciendo la demandante la de que se la absolviese de la reconvención, y añadiendo á

lo alegado en la demanda: que por la condición 12 de la escritura de 14 de Julio, confirió Cervantes al Marqués de Bogaraya la facultad de incautarse de las minas en caso de incumplimiento de aquél de sus obligaciones, caso que había llegado, y de consiguiente el de que al Marqués se le declarase tal derecho; que en la mencionada escritura sólo se estipuló la sumisión al juicio de amigables componedores para el caso de surgir dificultades en el cumplimiento del contrato, de mera interpretación de alguna de sus cláusulas, pero de ningún modo para el de faltar las partes á sus obligaciones, pues entonces, con arreglo á las condiciones 4.ª y 12, procedía la reclamación en la vía judicial con todo el vigor de derecho; siendo doctrina constante de este Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre ellas las de 30 de Abril y 18 de Diciembre de 1878 y 20 de Febrero de 1884, ser sólo exigible la sumisión al juicio de amigables componedores en los casos expresamente estipulados y no extensiva á otros no comprendidos en la escritura de su razón; que el préstamo motivo del litigio se perfeccionó y principió á rendir intereses desde el otorgamiento de la precitada escritura de 14 de Julio, en la cual no se pactó condición alguna suspensiva, sino al contrario, se dijo se haría el cobro de los réditos después de cada embarque de mineral en la plaza de Sevilla, practicándose para su comprobación una liquidación el 1.º de Julio de cada año; debiendo entenderse y aplicarse las cláusulas de los contratos por sus palabras, cuando aparezcan claras y precisas, conforme se consigna en sentencias también de este Tribunal Supremo de 29 de Febrero y 22 de Abril de 1876; y que, según la de 27 de Octubre de 1873, la falta de cumplimiento de aquéllos no es causa de rescisión, y citó la ley 13, tít. 11, Partida 5.ª:

Resultando que en el propio escrito de réplica y con respecto á la reconvención, sostuvo el Marqués de Bogaraya no haber podido faltar al cumplimiento de su obligación por hallarse facultado en las condiciones 1.ª y 5.ª de la escritura para subrogarse á Cervantes en la construcción del ferrocarril, pues precisamente la petición de la demanda consiste en obtener dicha subrogación, dificultada por el referido Cervantes, al cual no había causado ni podido causar perjuicio alguno, cuando él mismo no había cumplido ninguna de las condiciones en que le otorgó el préstamo, mientras el Marqués lo sufría en la percepción de los intereses, y en el que el precio de los arrastres de mineral debía ser más crecido por la falta de existencia en 1.º de Enero de 1887 del ferrocarril que debió aquél tener concluído; que, según las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1877 y 10 de igual mes del 84, para proceder la indemnización de perjuicios es preciso se hayan causado por culpa, dolo ó malicia, constando expresamente este extremo; y que conforme á la de 20 de Noviembre de 1883 y otras, la obligación de abonar dichos perjuicios nace del incumplimiento de un contrato:

Resultando que suministrada prueba por las partes, se practicó á instancia del actor un reconocimiento por el Juzgado municipal de Fuente del Arco, apareciendo no existir en la mina *Monstruo* trabajos de ninguna clase, y por tanto no haberse extraído minerales; y en la otra mina *Ya te lo decía* se habían arrancado minerales, sin poder precisarse el número de quintales; y como uno de los extremos de la del demandado se levantó un acta notarial, que acredita encontrarse el trayecto entre las minas y la estación de Fuente del Arco en el mismo estado que se hizo constar en el acta de 29 de Julio de 1887, sin más alteración que la de haber desaparecido muchas de las estacas que indicaban la dirección que el ferrocarril aéreo había de llevar:

Resultando que seguido el pleito en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este territorio dictó en 26 de Febrero del año último sentencia confirmatoria, por la que se declaró: primero, que el liti

gio no debía ser sometido á la decisión de amigables componedores, y recaía bajo la competencia del Juzgado de primera instancia á que correspondió por repartimiento; segundo, que había lugar á la demanda formulada por el Marqués de Bogaraya; y tercero, que no le había á la reconvención propuesta por el demandado D. Francisco Cervantes; y en su consecuencia se condenó á éste á que tan luego fuese firme la sentencia, y previa la oportuna liquidación, pagase al Marqués de Bogaraya el importe de una anualidad de intereses de las 150.000 pesetas prestadas por éste á aquél por medio de la escritura de 14 de Julio de 1886; cuya liquidación se practicaría en las diligencias de ejecución de sentencia, con sujeción á lo mandado en los artículos 932 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, y á las bases siguientes: primera, dicha anualidad comprendería desde Julio de 1886 á igual mes de 1887; segunda, se fijaría el número de toneladas de mineral de hierro explotadas y vendidas de las minas *Monstruo* y *Ya te lo decía*, á razón de 1.000 kilogramos ó 1.015 de mineral; tercera, el expresado número de toneladas había de ser como mínimum el de 100.000; y cuarta, el precio de cada tonelada había de ser de 10 penikes, moneda inglesa; asimismo se condenó á D. Francisco Cervantes á que tuviera á D. Gonzalo Saavedra y Cueto como subrogado para la contrata y construcción de un ferrocarril aéreo desde las citadas minas á la estación de Fuente del Arco, en los términos y para todos los efectos consignados en la mencionada escritura de 18 de Julio de 1886, y se absolvió en todas sus partes al mencionado Marqués de Bogaraya de la reconvención propuesta en nombre de D. Francisco Cervantes Guarinos, condenando á éste en las costas:

Resultando que contra este fallo ha interpuesto D. Francisco Cervantes Guarinos, con el correspondiente depósito, recurso de casación, como comprendido en los números 1.º, 6.º y 7.º de la ley de Enjuiciamiento civil, por haberse infringido á su juicio:

1.º El principio de derecho *Pacta sunt servanda,* consagrado por las sentencias de 21 de Septiembre y 13 de Octubre de 1866, entre otras, por cuanto las sentencias resuelven las dificultades surgidas entre los contratantes por interpretar éstos de diverso modo algunas cláusulas del contrato en vez de someterlas á la decisión de amigables componedores, que fué lo explícita y solemnemente estipulado en la cláusula 17 de la escritura de 14 de Julio de 1886:

2.º Las leyes 58, tít. 5.º, y 12, tít. 11 de la Partida 5.ª, y la doctrina establecida en las sentencias de 24 de Diciembre de 1866 y 15 de Enero de 1867, pues prescribe la primera de dichas leyes que sólo son eficaces los contratos condicionales cuando la condición se cumple, ordenando la segunda y declarando, conforme con ella la sentencia de 15 de Enero citada, que la realización de su pacto condicional depende del cumplimiento de la condición estipulada, así como la de 24 de Diciembre citada asimismo, que por la razón de adquirir y contraer los contratantes recíprocos derechos y obligaciones, solamente son eficaces los contratos cuando se llenan las condiciones y cumplen las partes lo respectivamente estipulado; por cuanto siendo patente que mutuante y mutuatario estipularon en la condición 4.ª de la expresada escritura de 14 de Julio que el contrato duraría cinco años, contados desde la fecha del acta notarial que se levantase para hacer constar la terminación del ferrocarril aéreo, y resultando plenamente probado no haberse siquiera comenzado á construir, precisa reconocer que, aun admitiendo corresponder á los Tribunales el conocimiento del asunto, la sentencia infringe las leyes y doctrinas mencionadas, al declarar eficaz un contrato condicional sin haberse cumplido la condición, cuando del cumplimiento de ella depende únicamente el de aquél:

3.º La ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la

cual, pareciendo que alguno se quiso obligar á otro por promisión ó por algún contrato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó; la doctrina citada en el primer motivo, y la establecida, entre otras sentencias, en las de 20 de Septiembre de 1859 y 6 de Marzo de 1865, que declaran: la primera de éstas, ser lo estipulado en un contrato la ley que obliga á su cumplimiento á las partes que él han intervenido; y la segunda, que los contratos deben observarse desde el momento determinado en los mismos, empezando desde entonces á correr los plazos señalados para su ejecución, toda vez que se estipuló por el de autos; en la condición 4.ª, que sería la duración del mismo de cinco años, contados desde la fecha del acta notarial en que se hiciera constar la terminación del ferrocarril aéreo; en la 5.ª, que si al Marqués de Bogaraya convenía prorrogarlo por otros cinco años más, bajo las mismas condiciones, podía desde luego hacerlo; y después de fijar en la 6.ª los exorbitantes intereses del capital mutuado, se pactó en la 10, *que en cada año de los que durase el contrato, y el día 1.º de Julio de cada año,* se sumarían las toneladas de mineral explotadas y vendidas, y si resultase no haber explotado y vendido las convenidas abonaría D. Francisco Cervantes al prestamista el interés de las que faltase, á razón de 10 penikes por cada una, pues siendo así que ni siquiera se había principiado á construir el susodicho ferrocarril aéreo, objeto primordial del contrato de autos, en el que se reconoció aquél como una imperiosa necesidad para la explotación de las minas, y que Cervantes no había vendido mineral alguno después de la celebración del referido contrato, á pesar de ello la sentencia recurrida declaraba vencida en 1.º de Julio de 1887 la primera de las cinco anualidades; y condenaba al recurrente á satisfacer por concepto de intereses ó beneficios del capital dado en mutuo, una cantidad cuyo pago dependía de la construcción del anunciado ferrocarril aéreo, cuando aparte de no haber transcurrido aquella anualidad desde el 14 de Julio de 1886, fecha de la escritura, no había empezado siquiera á correr, ni el plazo para la ejecución del repetido contrato se podía contar antes del señalado para su duración:

4.º La doctrina consagrada en sentencias de 11 de Noviembre de 1864, 11 de Abril de 1865, 19 de Enero, 20 de Abril y 16 de Octubre de 1866, entre otras, en la primera de las cuales se declara tener fuerza de ley para los contrayentes las obligaciones válidamente contraídas, y que para fijar los límites de ellas, cuando se hallan consignadas en escritura pública, ha de atenderse al tenor de sus condiciones, sin ser exigible ninguna no pactada; estableciendo la segunda sentencia, que cuando las condiciones de un contrato son claras en su tenor, no hay necesidad de interpretaciones, autorizadas por la ley sólo en el caso de hacerlas absolutamente necesarias para una justa resolución la oscuridad ó la duda; y decidiendo las últimas de las enunciadas sentencias no ser necesaria la interpretación cuando los términos en que está concebida una obligación se explican naturalmente por el tenor genuino de sus cláusulas, mediante á que la sentencia recurrida, no obstante el claro tenor de las condiciones 4.ª, 5.ª y 10 del contrato de que se trata, consignadas en escritura pública, no las interpreta, sino que hace abstracción de ellas, condenando al recurrente á cumplir una obligación que no se ha impuesto, y dictando para ello una resolución contraria al verdadero y patente intento de las partes, en vez de ajustarlas á esas condiciones y á las demás del contrato, ley verdadera para la decisión de la cuestión litigiosa, según lo declarado en las demás sentencias citadas en este motivo:

5.º Las leyes 3.ª y 5.ª, tít. 10 de la Partida 7.ª, y la doctrina consignada, entre otras sentencias, por las de 23 de Febrero de 1866 y 7 de Abril y 23 de Noviembre de 1868, cuyas leyes y las dos primeras sentencias prescriben que el que hace el daño no solamente debe pecharlo á quien lo recibió, sino también el menoscabo; declarando la última sentencia que cuando se

falta al cumplimiento de la condición impuesta en un contrato bilateral, puede exigirse su rescisión; atendido que la sentencia objeto del recurso declara no haber lugar á la rescisión del contrato é indemnización solicitadas por Cervantes por no haber cumplido el Marqués de Bogaraya las condiciones 2.ª y 15, y la obligación que en ella se impuso de subrogarse en lugar de dicho Cervantes para contratar y construir en su nombre el ferrocarril aéreo, si no estuviese terminado en 1.º de Enero de 1887:

Y 6.º La ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, y el art. 597 en su regla 1.ª, de la de Enjuiciamiento civil, y la doctrina establecida en las sentencias de 28 de Junio de 1865 y 27 de Octubre de 1866; pues todo documento que reune los requisitos determinados en las citadas prescripciones legales es eficaz en juicio como medio probatorio, según la doctrina consagrada en las enunciadas sentencias; y en su virtud formulado el contrato de que se trata en un documento público y solemne, siendo explícitas las condiciones en él consignadas, y habiéndose resuelto el litigio en contravención á las mismas, salta á la vista la infracción de las leyes y doctrinas expresadas en este motivo y el doble error de hecho y de derecho en que la Sala sentenciadora ha incurrido, al prescindir de la fuerza y eficacia probatoria de la escritura de 14 de Julio de 1886 y de las actas notariales y demás documentos que evidencian la equivocación del juzgador.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe el principio de derecho *pacta sunt servanda,* invocado en el motivo 1.º, al declarar de la competencia de jurisdicción ordinaria y en su virtud resolver las cuestiones debatidas en el pleito, porque la cláusula 17 de la escritura de 14 de Julio de 1886, en que los contratantes se someten á amigables componedores, se refiere con perfecta claridad á el solo caso de que «*surgieran dudas por la interpretación de algunas cláusulas fijadas en el contrato*», y este litigio tiene por objeto, no la interpretación de cláusulas dudosas de ese mismo contrato, sino instar su cumplimiento y procurar la reparación de los perjuicios que por no cumplirlo se han originado; extremos á que se contraen, así la demanda como la reconvención formulada por el recurrente:

Considerando que tampoco infringe las leyes de Partida y de doctrina que se citan en el motivo 2.º, porque lo único condicionado en el contrato en cuestión, es la fecha de que ha de partirse para contar los cinco años, prorrogables hasta diez, al cabo de los cuales debe restituir D. Francisco Cervantes la cantidad que le presta el Marqués de Bogaraya, y hasta cuyo término ha de percibir éste un tanto por tonelada de mineral en concepto de beneficio ó interés, cosa que en nada modifica ni suspende la eficacia y alcance de las demás obligaciones y derechos creados por el referido contrato, según muestra la lectura de la cláusula 4.ª, en que la condición se consigna y su comparación con las demás:

Considerando que al declarar á Cervantes obligado á abonar al Marqués los intereses devengados desde el mes de Julio de 1886 á igual mes de 1887, se ajusta á la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y á las doctrinas que se invocan en los motivos 3.º y 4.º, sin imponerle obligaciones no pactadas, ni dar á éstas mayor alcance del que realmente tienen, ni entrar en interpretaciones que la claridad de los términos del contrato hacen innecesarias, puesto que siendo el objeto primordial de éste el inmediato laboreo de las minas, y habiéndose comprometido aquél sin aplazamiento de ningún género en las cláusulas 8.ª y 10 á un mínimum de explotación anual de 100.000 toneladas, y á suplir ó completar los beneficios correspondientes á esta cifra, caso de no alcanzarla, es indudable que estos beneficios se señalaron como remuneración del servicio que el Marqués prestaba, arriesgando en un negocio de minas de hierro, lejanas de la costa, hasta 150.000 pesetas, de las cuales entregó 90.000 de presente,

privándose de la libre disposición de las restantes por conservarlas á la de aquél para el objeto especial que señalaron, y que en tal concepto es también indudable que desde que recibió este servicio viene atenido á cumplir aquella obligación que le es correlativa, así como las que se impuso en las cláusulas 6.ª, 7.ª, 9.ª y 12, que fijan la cantidad que ha de abonarse por tonelada de mineral, la manera de hacer los pagos de toda venta que se realice y la fecha determinada en que ha de practicarse en todo caso la liquidación anual de los beneficios correspondientes al mínimo de explotación á que se comprometió:

Considerando que no son de estimar los motivos 5.º y 6.º, relativos á la reconvención, en que se pretende por Cervantes la rescisión del contrato y que se condene al Marqués á indemnizar en cantidad precisamente doble de la que éste le reclamó por intereses, porque siendo Cervantes el obligado en primer término á construir, para 1.º de Enero de 1887, la vía aérea que había de poner las minas en comunicación con la férrea de Mérida á Sevilla y habiendo faltado á tan principal obligación, está fuera de duda que carece de derecho para pedir en ese mismo concepto la rescisión del repetido contrato, mucho más cuando el Marqués ha hecho notoria, primero con su conducta y después con la demanda, su resolución de cumplir lo convenido en las cláusulas 2.ª y 15, y de subrogarse en el lugar y grado, de aquél, procurándose el concurso de los Tribunales para conseguirlo y vencer la pasividad y aun la oposición que revelan los mismos documentos presentados, á los cuales y al contrato se ajusta, por tanto, la sentencia al desestimar la reconvención de que se trata, así en este particular como en el relativo á los perjuicios que se suponen inferidos, y que en todo caso serían consecuencia de la conducta del mismo recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Francisco Cervantes Guarinos, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito que ha constituído, el cual se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada el 25 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Abril del mismo año.)

56

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (25 de Febrero de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. José Ilzarbe en autos con la Empresa del ferrocarril de Marianao (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que con arreglo á lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1727 de la ley de Enjuiciamiento civil, reformada para Cuba, es inadmisible el recurso fundado en el núm. 7.º del art. 1690, por atribuir á la Sala sentenciadora error de hecho en la apreciación de las pruebas, si no se cita ni indica documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador, é intenta el recurrente sustituir su criterio al formado por el Tribunal según el conjunto de pruebas aducidas, no siendo tampoco de estimar la infracción del art. 15 de la ley, porque su precepto se refiere á los medios de vivir de que disfrute el que pretenda el beneficio, y no al error que haya podido cometer la Sala sentenciadora al juzgar sobre los puntos sometidos á su resolución.

Resultando que en el Juzgado de primera instancia del Oeste de la ciudad de la Habana dedujo D. José Ilzarbe y Cordero, en representación de

su mujer Doña Carolina Saavedra, demanda de pobreza para litigar con la Empresa del ferrocarril de Marianao; y sustanciada además con el Promotor fiscal en representación de la Hacienda, dictó sentencia el Juzgado, que confirmó con las costas la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio en 12 de Noviembre de 1889, desestimando dicha demanda de pobreza:

Resultando que D. José Ilzarbe, en la representación indicada, interpuso recurso de casación, alegando en su apoyo que era tanta la divergencia que había entre las afirmaciones de los testigos al declarar respecto de cuál sea el jornal de un bracero en la Habana, que no era posible fijar con entera exactitud cuál sea dicho jornal, pero que aproximadamente, y sin temor á grandes errores, podía afirmarse en vista de dichas declaraciones que el jornal aludido es de 5 á 6 pesos billetes, cantidad á que no llegaban los medios con que contaba el recurrente, según resultaba de la prueba practicada, por cuyo motivo la Sala sentenciadora había infringido el artículo 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, en sus casos 1.º y 3.º:

Resultando que el Ministerio fiscal se opuso á la admisión del recurso, y en su virtud se mandó traer á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan N. de Undabeytia:

Considerando que fundado el presente recurso en el núm. 7.º del artículo 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, reformada para Cuba, por atribuir á la Sala sentenciadora error de hecho en la apreciación de las pruebas, no se cita ni indica documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador, intentando el recurrente sustituir su criterio al formado por el Tribunal según el conjunto de pruebas aducidas, no siendo tampoco de estimar la infracción alegada del art. 15 de la ley, porque su precepto se refiere á los medios de vivir de que disfrute el que pretenda el beneficio, y no al error que haya podido cometer la Sala sentenciadora al juzgar sobre los puntos sometidos á su resolución, no procediendo, por tanto, admitir el recurso interpuesto, con arreglo á lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1727 de la citada ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don José Ilzarbe, como marido de Doña Carolina Saavedra, á quien se condena al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento, y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.—(Auto fecha 25 de Febrero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

57

RECURSO DE CASACIÓN (25 de Febrero de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Braulio Sáez en autos con D. Cárlos de la Gándara (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el párrafo 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, y como no comprendido en el caso 7.º del art. 1692, es inadmisible el recurso cuando, si bien se dice autorizado por el caso 1.º de este último artículo, se dirige todo él contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, y no se cita ley relativa al valor de las pruebas que se suponga infringida para constituir error de derecho, ni se comprueba error de hecho con documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.

Resultando que en el Juzgado de primera instancia del Oeste de esta

corte y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio ha seguido incidente de pobreza D. Carlos de la Gándara y Ruiseco, para litigar con D. Braulio Sáez Lacalle, siendo además parte el Abogado del Estado, y por sentencia de dicha Sala de 23 de Octubre último, renovatoria de la del Juzgado, se reconoció á D. Carlos de la Gándara la expresada cualidad de pobre en el sentido legal y su derecho á disfrutar de los beneficios establecidos en la ley:

Resultando que D. Braulio Sáez Lacalle interpuso recurso de casación, fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando al efecto como infringidos:

1.º El art. 15 de dicha ley procesal, puesto que D. Carlos de la Gándara no puede reputarse comprendido en ninguno de los casos del mismo por contar con medios de subsistencia superiores á los que se establecen en el referido artículo, que resulta por ello aplicado con error notorio:

Y 2.º El art. 17 de la misma ley, toda vez que los hechos probados en autos, y reconocidos así por la Sala sentenciadora, de haber desempeñado Gándara recientemente dos administraciones retribuídas y haber cobrado un crédito de 21.151 pesetas 88 céntimos, son otros tantos signos ostensibles, y por tanto exteriores, de que posee medios de subsistencia superiores á los marcados en la ley para poder obtener y gozar del beneficio de pobreza que, por tanto, ha debido serle denegado, con arreglo á la citada al efecto disposición legal:

Resultando que el Ministerio fiscal se opuso á la admisión del recurso, y en su virtud se trajo á la vista con las citaciones correspondientes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que el presente recurso, aunque se dice autorizado por el caso 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, todo él se dirige contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, y no se citó ley relativa al valor de las pruebas que suponga infringida para constituir error de derecho, ni se comprueba error de hecho con documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocacación evidente del juzgador, por cuya razón no es la comprendida en el caso 7.º del art. 1692 ya citado;

Y considerando, por consiguiente, que no es admisible, según lo dispuesto en en el párrafo 9.º del art. 1729 de la repetida ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Braulio Sáez Lacalle, á quien condenamos en las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento; y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.—(Auto fecha 25 de Febrero de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

58

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (27 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Tercería de dominio.*—Ha lugar al interpuesto por D. Antonino Bedia en pleito con D. José Rodríguez y otro (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que es un principio de derecho que la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor, y aun contra su voluntad, sin que la notificación del mismo tenga más alcance y transcendencia que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputando pago legítimo desde aquel acto el que haga en favor del cedente.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Febrero de 1891, en el pleito pen-

diente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de la Habana, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, por Don Antonino Bedia y Cobo, vecino y del comercio de la misma, representado por el Procurador D. Fidel Serrano y defendido por el Letrado D. Antonio Maura, con D. José Rodríguez y Fernández, de la misma ocupación y vecindad, y en su nombre el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, bajo la dirección del Licenciado D. Rafael María de Labra, y con D. José Vivó y Fuentes, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de dominio:

Resultando que por escritura de 24 de Marzo de 1887 D. Aurelio Maruri y D. José Vivó y Fuentes sometieron al fallo de amigables componedores las cuestiones que tenían pendientes sobre la devolución de unas prendas, y tramitado el expediente de arbitraje con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, en 22 de Abril de dicho año el Licenciado D. José Bruzón falló las cuestiones que se habían sometido á su decisión, reconociendo á favor de Vivó ciertos derechos; fallo que fué notificado oportunamente á los interesados:

Resultando que en 28 de dicho mes de Abril de 1887 D. José Rodríguez y Fernández, como cesionario de D. Francisco Miró, solicitó ante el Juez de primera instancia del distrito del Prado, de la Habana, embargo preventivo del crédito de que era responsable D. Aurelio Maruri por razón de la decisión arbitral referida, para asegurar el pago de 3.745 pesos en billetes y sus intereses que era en deberle D. José Vivó y Fuentes, según documento ejecutivo que presentó, y decretado el embargo por dicho Juez en providencia de 2 de Mayo, fué notificada en el mismo día á D. José Vivó y D. Aurelio Maruri:

Resultando que D. José Vivó y Fuentes, por escritura de 30 del citado mes de Abril de 1887, cedió y traspasó á D. Antonino Bedia y Cobo todos los derechos y acciones que por el fallo de que antes se ha hecho mérito se le declaraban y reconocían, á fin de que, como suyos propios, los reclamara en la vía y forma que le conviniera, á cuyo efecto le colocaba en su mismo lugar y grado, otorgándoles cuantas facultades y poderes fueran necesarios; cesión que hacía por la cantidad de 1.500 pesos en oro que en dicho acto recibió y de que dió fe el Notario autorizante, y 300 pesos que satisfaría al Doctor D. Emilio Ferrer y Picavía, y 150 también en oro que abonaría al Licenciado D. José Bruzón, escritura que aceptó D. Antonino Bedia y de que se dió conocimiento en 3 de Mayo á D. Aurelio Maruri, notificándosele la cesión hecha por D. José Vivó:

Resultando que ratificado el embargo preventivo antes mencionado, con la presentación de la demanda que en 7 de dicho mes de Mayo dedujo D. José Rodríguez y Fernández, se personó en ella D. Antonino Bedia acompañando la escritura de cesión antes referida y pidiendo el alzamiento del embargo preventivo, y oído el demandante Rodríguez que impugnó tal pretensión, fué desestimado por el Juez:

Resultando que en su virtud D. Antonino Bedia y Cobo dedujo en 30 de Junio de 1887 la demanda objeto de estos autos, en la que fundado en que siendo D. José Vivó deudor de D. José Rodríguez, le habían embargado á instancia de éste bienes del demandante, que con anterioridad á la fecha del embargo había adquirido á título oneroso y por documento público, adornado de todos los requisitos legales; que el contrato de cesión era título legítimo de adquisición de propiedad de las cosas, derechos ó acciones cedidas, y que todo lo referente á las tercerías, en el juicio ejecutivo, era aplicable á las que se interpusieran en los procedimientos para la ejecución de sentencias y en cualquiera otro juicio en que se procediera por embargo y venta de bienes, haciendo uso de la acción real, solicitó se de-

clarase con lugar la demanda de tercería de dominio que deducía, mandando en su consecuencia alzar el embargo practicado, dejándose al demandante en la libre disposición de lo que le pertenecía, y condenando á D. José Rodríguez y Fernández al pago de todas las costas:

Resultando que D. José Rodríguez y Fernández impugnó la demanda, alegando que no quedaba perfeccionado el contrato de cesión de derechos y acciones sino después de notificada la cesión al deudor, pudiendo los acreedores del cedente, antes de la notificación, embargar el crédito cedido para hacerse pago de lo que se les debe; que las ventas de créditos no endosadas eran ineficaces, en cuanto al deudor, hasta que fueran notificadas en forma á éste ó las consintiera extrajudicialmente, renovando su obligación en favor del cesionario, según el art. 382 del Código de Comercio, y que el litigante temerario debía ser condenado en costas:

Resultando que D. José Vivó y Fuentes manifestó que no podía menos de allanarse á la demanda, puesto que se reclamaban derechos que había cedido; y evacuados por las partes los traslados de réplica y dúplica, renunciada la prueba por tratarse de una cuestión de derecho, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó sentencia en 29 de Enero de 1890, confirmatoria, con las costas, de la del Juez de primera instancia, declarando sin lugar la demanda:

Resultando que D. Antonino Bedia y Cobo ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La ley del contrato de venta, formalizado en la escritura de 30 de Abril de 1887; las leyes 1.ª, 6.ª y 11, tít. 5.º de la Partida 5.ª, y la jurisprudencia autorizada por las decisiones de este Supremo Tribunal, entre otras, las de 24 de Diciembre de 1867, 23 de Septiembre de 1868, 22 de Noviembre de 1869, 11 de Junio de 1886 y 27 de Abril de 1887, según la cual los créditos y derechos, como cualesquiera bienes corporales ó incorporales que están en nuestro patrimonio, pueden cederse por venta, dación en pago á otro título traslativo de dominio, sin intervención ni conocimiento del deudor y aun contra su voluntad, y la doctrina legal derivada de los artículos 153 y 154 de la ley Hipotecaria, pues estas leyes y doctrinas legales abonaban la plena eficacia del título en que estribaba la demanda del recurrente:

2.º La doctrina legal de que sin embargo no varía la naturaleza del crédito ó derecho cuya reclamación judicial se pretendía asegurar con él, ni siquiera le atribuía con relación á otros créditos contra el mismo deudor referencias que no tuviese, decisiones de 5 de Abril de 1878, 10 de Octubre de 1882 y 11 de Mayo de 1886, puesto que sin otra razón que el embargo preventivo, hecho á instancia de Rodríguez en 2 de Mayo de 1887, en procedimientos contra Vivó, se desestimaba la demanda del tercerista comprador de los créditos ó derechos;

Y 3.º El art. 47 del Código de Comercio, no sólo por violación sustancial del precepto que contiene, sino por aplicación indebida al caso litigioso, que no era asunto mercantil, y el art. 2.º del mismo Código y la doctrina legal de que las disposiciones del mismo, como excepcionales, son inaplicables á los negocios civiles ó comunes; decisiones de 2 de Diciembre de 1859, 29 de Diciembre de 1860, 6 de Diciembre de 1861 y 15 de Enero de 1866; puesto que se había tomado como pretexto aquel artículo para apreciar erróneamente los efectos de la notificación al deudor de la cesión de crédito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que la demanda de que se trata no ha sido impugnada, por haberse deducido en ella una tercería de dominio más ó menos propia y adecuada en este caso, ni por ser nulo y rescindible el contrato de cesión que le sirve de fundamento, sino pura y simplemente por haberse

practicado el embargo del crédito cedido antes de que se hiciera saber al deudor dicha cesión;

Y considerando que reducida á estos términos la cuestión litigiosa, única que cabe discutir y resolver, y siendo como es un principio de derecho que la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor, y aun contra su voluntad, sin que la notificación del mismo tenga más alcance y trascendencia que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputando pago legítimo desde aquel acto el que haga en favor del cedente, al no estimarlo así la sentencia recurrida, haciendo depender de dicho trámite, que tiene un objeto bien distinto, la consumación y eficacia del referido contrato, y dando por ello al embargo practicado una virtualidad y preferencia que no está comprobada, infringe la doctrina legal mencionada por este Tribunal Supremo en las sentencias que se citan en los dos primeros motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonino Bedia y Cobo, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 29 de Enero del año último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana; y devuélvase al recurrente el depósito que ha constituído.—(Sentencia publicada el 27 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 13 de Marzo del mismo año.)

59

RECURSO DE CASACIÓN (28 de Febrero de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar á los interpuestos por la Mancomunidad denominada Campana de Oropesa y por D. Manuel de Caso en pleito entre ambos (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que la sentencia que se ajusta á lo convenido, sin extenderlo á casos y cosas no previstos, no infringe la ley del contrato, la 11, tít. 33, Partida 7.ª, y el principio Pacta sunt servanda:

Que es condición natural del contrato de servicios la de su prestación para tener derecho al estipendio.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Febrero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Puente del Arzobispo, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta capital, por D. Manuel de Caso y Cuétara, contratista de carreteras, vecino de Huesca, representado por el Procurador D. José María Cordón y defendido por el Licenciado D. Juan Alvarado, con los pueblos que componen la Mancomunidad llamada Campana de Oropesa, y en su nombre el Procurador D. Eustaquio Manuel Megía, bajo la dirección del Letrado D. Alfonso González, sobre pago de pesetas:

Resultando que la Comunidad denominada la Campana de Oropesa, compuesta de la villa de este nombre y de los pueblos y aldeas de la Calzada, Navalcán, Parrillas, Lagartera, Torralva, Alcañizo, Cabezuela, Harresuella y Venta de San Julián, sostuvieron un litigio con el Duque de Frías, Conde de Oropesa, para que dejase libres y desembarazados para aquellos pueblos los dehesones llamados El Torno ó Encinar y El Robledo, declarándose por ejecutoria de 22 de Octubre de 1874 que la cesión de dichos dehesones, que pertenecían á los baldíos de Oropesa y sus aldeas, hecha á D. Duarte Alvarez de Toledo, Conde de Oropesa, por la Real cédula de 13 de Marzo de 1636, fué temporal y limitada al tiempo necesario

para que con sus productos se reintegrase de los 80.000 ducados de plata doble que facilitó al Rey D. Felipe IV para los gastos de una coronelía; y que para determinar con conocimiento si se había realizado el reintegro, y en su caso tuviese lugar la reversión de dichas fincas, se procediera por las partes en la forma ordinaria al correspondiente juicio de cuentas:

Resultando que los pueblos formularon en su virtud demanda contra el Duque de Frías sobre rendición de cuentas desde 1636 en que se verificó la cesión; pero en vista de la imposibilidad de fijar ni aproximadamente su importe, formularon un proyecto de transacción, que se consignó en escritura de 21 de Noviembre de 1876, que otorgaron los representantes de los pueblos y el apoderado del Duque, estipulando que se adjudicaban en propiedad el dehesón del Robledo á los pueblos de la Campana, y el del Torno ó Encinar al Duque, que entregaría á aquéllos 1.500.000 reales en metálico, reconociendo al Estado el derecho al 20 por 100 como bienes de Propios, tanto sobre el dehesón del Robledo, como sobre el 1.500.000 reales que había de entregar el Duque, y que la entrega de la finca y de la cantidad se verificaría en el acto del otorgamiento de la escritura definitiva, que se haría con autorización y en la forma que la Administración determinase:

Resultando que en sesión que en 28 de Febrero de 1877 se celebró en la villa de Oropesa por los comisionados ó representantes de los pueblos que componían la Mancomunidad de la Campana de Oropesa, bajo la presidencia del Alcalde Presidente de dicha villa, se dió lectura del acta de apoderamiento general, así como de la aprobación de la Comisión permanente de la Diputación provincial de Toledo á la escritura de proyecto de transacción y también de esta escritura, cuya copia corría unida al expediente general de dicha Mancomunidad, y después de aprobar en todas sus partes los actos de la Comisión nombrada para otorgar dicha escritura de transacción y demás sobre el asunto de los dehesones, para que fueron autorizados, acordaron: primero, remitir copia certificada de aquella acta al apoderado general del Duque de Frías, Conde de Oropesa, para que prestara su asentimiento y aprobación á las bases que se expresaban á continuación y eran el objeto de aquella reunión; segundo, que con fecha 21 de Noviembre de 1876 se otorgó una escritura entre la Comisión nombrada, á que anteriormente se hacía referencia, y el dicho apoderado general, en virtud de la cual, aprobada que fuera por la Diputación provincial de Toledo y la Administración general del Estado, se transigía el pleito sobre cuentas relativas al producto de los dehesones titulados El Torno ó Encinar y El Robledo, cuyo pleito principal quedó terminado por sentencia firme del Tribunal Supremo de Justicia de 22 de Octubre de 1874; habiéndose convenido, entre otros extremos, adjudicar á los pueblos en propiedad el dehesón titulado Robledo, y que el Duque de Frías habría de entregar á los mismos la suma de 1.500.000 reales vn. en efectivo metálico; cuarto, que considerando que también debían satisfacerse los honorarios del Letrado defensor que había sido de los pueblos, tanto en la prosecución del pleito como en la transacción concordada, y atender á otros gastos menores, la casa del Duque de Frías reservaría, de la cantidad de 1.500.000 reales que debía entregar á los pueblos de la Campana de Oropesa en el acto de otorgamiento de la escritura definitiva de transacción, las cantidades siguientes: tercero, 60.000 reales que entregaría al Letrado D. Juan González Alonso por el pago de los honorarios que se le adeudaban, devengados en la sustanciación del pleito principal, consultas y conferencias y trabajos efectuados ó que se efectuasen en los actos para la transacción convenida; y séptimo, que de esta acta se remitiera copia certificada al Letrado Sr. González Alonso, á fin de que en la parte que al mismo concernía le prestase su aquiescencia y aprobación, la cual, en

efecto, prestó con fecha 4 de Marzo de 1871, como Letrado defensor que había sido de los pueblos:

Resultando que ocurrido en 21 de Agosto de 1878 el fallecimiento intestado de D. Juan González Alonso, y promovido el juicio de abintestato, compareció en él, entre otros acreedores, D. Manuel de Caso y Cuétara, reclamando la cantidad de 133.554 reales 18 céntimos, y en junta de acreedores, que fué aprobada por auto de 11 de Octubre de 1880, se adjudicó á D. Manuel Caso para pago de su crédito el remanente de metálico si lo hubiese, las alhajas depositadas en el Banco y el crédito de 15.000 pesetas que aparecía á favor del abintestato por honorarios devengados por el causante en la defensa de los pueblos de la Campana de Oropesa:

Resultando que D. Manuel de Caso y Cuétara dedujo en 19 de Febrero de 1885 la demanda objeto de estos autos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta corte, al que correspondió en turno, y que por inhibición del mismo continuó en el Juzgado de primera instancia de Puente del Arzobispo, en la que consignando en los puntos de hecho los antecedentes que quedan referidos, añadió á ellos que el Gobierno no aprobó el proyecto de transacción por encontrar deficientes las bases estipuladas, según Real orden del Ministerio de la Gobernación de 21 de Febrero de 1880, quedando en su consecuencia sin efecto la transacción y los acuerdos tomados, y desligado por tanto el Duque de Frías del encargo de entregar al Letrado D. Juan González Alonso los 60.000 reales que los pueblos reconocieron adeudarle; que dueño el demandante de dicho crédito, se había dirigido al Alcalde de Oropesa, como Presidente de la Mancomunidad, requiriéndole por medio de Notario para el pago de dicha suma y para que le proveyese de certificación auténtica del acta levantada por la junta de la Mancomunidad en 28 de Febrero de 1877, contestando respecto al primer particular que era de la exclusiva competencia de los pueblos; y en cuanto al segundo, que pidiese en la forma determinada por la ley Municipal; y deduciendo, como fundamentos de derecho, que los pueblos de la Campana obraron como personas jurídicas al encargar de la defensa de sus derechos al Letrado González Alonso, contrayendo la obligación de abonarle sus honorarios; que podían serle exigidos judicialmente, y que reconocieron expresamente que no implicaba nada para ello la circunstancia de haber encomendado la entrega al Duque de Frías, pues como el suceso no se realizó, siempre quedó subsistente el reconocimiento y la obligación, y que subrogado el demandante en los derechos de dicho Letrado, el crédito era reclamable como cualquiera otro personal, terminó suplicando se condenase á la Mancomunidad de la Campana de Oropesa á abonar al demandante como adjudicatario en el abintestato de D. Juan González las 15.000 pesetas que le adeudaban y tenian reconocido como crédito á su favor en el plazo que el Juzgado señalase, con más los intereses legales desde la contestación hasta la total solvencia:

Resultando que los pueblos de la Mancomunidad impugnaron la demanda, fundándose para ello en que la cuenta de honorarios debía presentarse, en minuta detallada, para que después de su examen fuera aprobada ó impugnada por quien había de satisfacerla; que fijadas las 15.000 pesetas de honorarios como condición del pacto entre los pueblos y el Duque, tal condición debió desaparecer al quedar sin efecto aquel convenio; que en el acto de transacción se decía que todo quedaba supeditado á la aprobación que había de prestar la Diputación provincial y la Administración general del Estado, y faltando tal aprobación quedaba nulo y sin efecto todo lo convenido; que la adjudicación hecha al demandante en el abintestato de González en nada perjudicaba á los pueblos que no habían intervenido en él, pudiendo sólo valer como una transmisión de

derechos que no prejuzgaba la validez del crédito adjudicado; que si bien los pueblos estaban conformes en satisfacer los honorarios que en forma se les reclamasen, previo su examen y aprobación, no lo estaban en dar una cantidad superior á dichos honorarios y consentida sólo ante una transacción beneficiosa y que hoy sólo procedía la simple petición de honorarios en la forma común; adicionando á estos fundamentos en el escrito de dúplica que siendo condicional el compromiso contraído por los pueblos al verificar la transacción, sólo podía obligárseles realizadas que fueran las condiciones aceptadas, y que siendo distintas las leyes que regulan las obligaciones que pesan sobre los pueblos respecto á sus Letrados, no era potestativo en el actor pedir en la forma que le cuadrase:

Resultando que reproducidas por el demandante sus demandas en el escrito de réplica y traídas al pleito en el término de prueba, certificación y testimonio de los antecedentes que quedan referidos, sustanciado en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 19 de Febrero de 1890, que no fué conforme con la del Juez de primera instancia, declarando que la villa de Oropesa y los pueblos y aldeas de la Calzada, Navalcán, Parrillas, Lagartera, Torralba, Alcañizo, Cabezuela, Herreruela y Ventas de San Julián, como constituyentes de la Mancomunidad denominada de la Campana de Oropesa, vienen obligados á satisfacer á D. Manuel Caso y Cuétara, como adjudicatario en el abintestato de D. Juan González Alonso, la cantidad convenida de 15.000 pesetas, con deducción de la suma á que ascienda el importe de los trabajos que para obtener el pago íntegro de dicha cantidad debió efectuar y no efectuó D. Juan González Alonso, condenando en su consecuencia á la citada Mancomunidad á abonar á Caso y Cuétara la suma á que según lo convenido ascendiera el importe del crédito á que era adjudicatario, hecha deducción de lo que importasen los trabajos no efectuados por González Alonso, que se regularían por peritos Letrados en ejecución de esta sentencia de la manera dispuesta en el considerando correspondiente, ó sea teniendo presente el valor de los trabajos anteriores, y relación con ellos, absolviendo á los demandados de los restantes extremos de la demanda, sin hacer expresa condenación de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que la Mancomunidad denominada Campana de Oropesa ha interpuesto recurso de casación, y alegando que se había estipulado para un caso, cual era el de realizarse totalmente la transacción, y se había aplicado el contrato á otro caso distinto, cita como infringidas:

1.º La ley del contrato, por cuanto de él se había hecho aplicación indebida por la sentencia contra la que se recurría á aquéllos en el contrato mismo no previsto, y sobre lo que nada por tanto llegó á estipularse;

Y 2.º La doctrina legal de que los contratos que deben entenderse en su sentido literal sin ampliarlos á cosas y casos en que no se hayan expresamente estipulado, son ley para los contratantes, respecto de lo que en ellos se pacta y establece, pero no acerca de lo que no se ha estipulado, sobre lo cual debía estarse á lo que dispusiera el derecho; doctrina aceptada por las sentencias de 30 de Abril, 25 de Octubre y 27 de Noviembre de 1878, 5 de Julio de 1879 y 16 de Octubre de 1882, é infringida en el propio concepto que la ley del contrato:

Resultando que D. Manuel de Caso y Cuétara ha interpuesto también recurso de casación, alegando, que en cuanto la sentencia entiende que de las 15.000 pesetas, que debían entregarse al Letrado D. Juan González Alonso, según el convenio, debía deducirse el trabajo que debía efectuar y no verificó, infringe:

1.º El principio universal de derecho *Pacta sunt servanda;* la doctrina de que el contrato es ley para las partes contratantes y para los que de ellos traen causa, consignado, entre otras sentencias, en la de 17 de No-

viembre de 1884; la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencias de 13 de Diciembre de 1882 y 20 de Febrero de 1884, de que las cláusulas de los contratos deben interpretarse según su natural y genuino contexto, al tenor del documento en que se hayan consignado; y la regla de que *ubi verba conjuncta non sunt sufficit alter utrum esse factum*, pues habiendo mediado pacto expreso entre los pueblos de la Mancomunidad de la Campana de Oropesa y el Letrado D. Juan González Alonso, de que los primeros pagarían al segundo la cantidad de 15.000 pesetas por sus honorarios en el pleito de propiedad y en el de cuentas, y por los trabajos que había efectuado ó que efectuara en la transacción, era indudable que la importancia de los trabajos futuros en nada podría variar la cuantía de la retribución, pues en la cláusula citada se establecía una verdadera disyunción, y, por tanto, cumplido como estaba uno de sus términos, en nada podía modificar la obligación el incumplimiento del otro, sobre todo cuando ese incumplimiento fué ocasionado por causa enteramente extraña á la voluntad de González Alonso, cual fué su muerte:

2.º Aun admitiendo que la cláusula del contrato sea oscura ó ambigua, la ley 11, tít. 33, Partida 7.ª, según la cual, la duda debe siempre interpretarse contra aquél que dijo la palabra ó el pleito oscuramente, á daño de él y á pro de la otra parte, pues los pueblos que componían la Mancomunidad serían en último extremo los responsables de haber empleado frases ambiguas, si esa ambigüedad existiera:

Y 3.º Por indebida aplicación la regla de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro, pues dicha regla supone forzosamente la injusticia y la sin razón con que por reprobados medios aumenta uno su patrimonio, con daño de otro, como había declarado este Supremo Tribunal en las sentencias, entre otras, de 21 de Enero de 1878 y 16 de Diciembre de 1880, en las cuales se sienta la doctrina, que también citaba como infringida, de que dicha regla no es aplicable sino en el caso de que se irrogue un perjuicio efectivo por medios reprobados, y en el presente caso no los había habido ni se había demostrado el perjuicio sufrido por los demandados, que no lo habían alegado siquiera, antes bien el recurrente se ilmitaba á pedir el cumplimiento de su condena.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que mediante la oferta hecha por la Mancomunidad de la Campana de Oropesa á su Letrado D. Juan González Alonso y la aceptación de éste, quedaron regulados por común acuerdo de ambas partes interesadas en 15.000 pesetas, no tan solamente los honorarios devengados hasta entonces por el último en defensa y representación de aquella Corporación, sino también, cual se deduce del motivo y fin del convenio, los correspondientes á su intervención ulterior en la transacción convenida entre la propia Comunidad y el Conde de Oropesa, que á la sazón se hallaba pendiente de la aprobación del Gobierno:

Considerando que además de ser manifiesta la voluntad de las partes respecto á las mutuas prestaciones á que por dicho contrato quedaron obligadas, es evidente que á pesar de su impropia redacción, no puede racionalmente admitirse que González Alonso contrajera obligaciones alternativas, con el derecho consiguiente á la totalidad del estipendio, una vez cumplida cualquiera de ellas, porque habiendo ya prestado una parte de los servicios, tan sólo le quedaba por cumplir una obligación, cual era la de intervenir en los actos que, bajo la hipótesis de ser aprobada la transacción, fueran precisos para llegar al reparto de la cantidad divisible entre los miembros de la Comunidad, al tenor de lo acordado en la misma junta, donde se formuló la oferta de las 15.000 pesetas:

Considerando que la oferta fué incondicional por parte de la Comunidad, y por tanto independiente del hecho de aprobarse ó no la transacción

convenida, de suerte que la obligación por ella contraída es eficaz, aun no habiéndose obtenido dicha aprobación, excepto en cuanto al valor de los trabajos que habían de prestarse y no se prestaron, por ser condición natural del contrato de servicios la de su prestación para tener derecho al estipendio:

Considerando que al estimarlo así la sentencia recurrida no infringe la ley del contrato, sino que, por el contrario, se ajusta á lo convenido sin extenderlo á casos y cosas no previstos, y que por tanto no ha cometido las infracciones legales aducidas por cada una de ambas partes litigantes en apoyo de sus respectivos recursos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación interpuestos por la Mancomunidad denominada Campana de Oropesa y por D. Manuel de Caso y Cuétara, y en atención á ser ambas partes litigantes recurrentes, no hacemos declaración sobre costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 28 de Febrero de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Marzo del mismo año.)

60

Recurso de casación (2 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Rescisión de venta.*—No ha lugar al interpuesto por D. Salvador Perelló y otro en pleito con D. Mariano Alcañiz (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que tratándose de una venta cuya rescisión se interesa como hecha en fraude de acreedores, no puede estimarse bajo ningún aspecto en contra del acreedor y demandante la excepción de prescripción, si apreciando que éste no tuvo noticia de la venta hasta que el Registrador de la propiedad denegó, por estar inscritas á nombre del comprador, la anotación del embargo de fincas acordado á instancia de aquél, es evidente que la acción rescisoria se ha ejercitado dentro del año que señala la ley 7.ª, tít. 15, Partida 5.ª:

Que si para computar el tiempo se atiende á la escritura de venta y no consta la hora en que se otorgó, debe contarse el término desde el día siguiente al del otorgamiento:

Que los bienes privativos de la mujer no responden de las deudas contraídas por el marido:

Que no procede que el acreedor demande al fiador sin apurar antes todos los recursos legales respecto del deudor, y entre ellos el de pedir la rescisión de la enajenación fraudulenta que éste hubiere verificado, y que por reducirle á la insolvencia hiciese imposible que pagase el crédito.

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del partido de Carlet y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, por D. Mariano Alcañiz y Martínez, comerciante, vecino de aquella ciudad, con D. Salvador y D. José Perelló y Llopis, propietario el primero y labrador el segundo, y ambos vecinos de Alcudia de Carlet, sobre rescisión de un contrato de venta, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandados, á quienes han dirigido y representado el Licenciado D. Juan Alvarado y el Procurador D. Luis Lumbreras, habiéndolo estado el demandante y recurrido por el Letrado D. Pedro Díaz Cassou y el Procurador D. Juan Pascual García:

Resultando que D. Salvador Perelló y Llopis suscribió en 26 de Octubre de 1886 un pagaré vencedero á los tres meses de su fecha, por la cantidad de 4.000 pesetas, á la orden de D. José Bayarri, quien en 15 del si-

guiente mes de Noviembre lo endosó á favor de D. Mariano Alcañiz, el cual, en 11 de Junio de 1887, presentó escrito en el Juzgado de primera instancia del distrito de Serranos de Valencia, pidiendo, como diligencia preparatoria de la vía ejecutiva, que el D. Salvador reconociera la citada firma que autorizaba el documento, como lo verificó el día 30 del mismo mes de Junio, deduciendo aquél con fecha 15 de Julio siguiente demanda ejecutiva, que fué presentada el día 27, despachándose el 29 ejecución contra los bienes de Perelló por la cantidad expresada, sus intereses y costas; y requerido al pago en 16 de Agosto, como no lo realizara, se le embargaron varios muebles, semovientes é inmuebles, con sus rentas, expidiéndose el oportuno mandamiento para la anotación preventiva de los inmuebles en el Registro de la propiedad; anotación que no se llevó á cabo porque, según nota del Registrador en el mandamiento, dichos inmuebles estaban vendidos á D. José Perelló; manifestación que, con la de no habérsele hecho entrega ni de los repetidos inmuebles ni de ninguno de los demás bienes embargados, hizo también más tarde D. Andrés Boix, que en el acto del embargo fué nombrado depositario administrador y aceptó el cargo:

Resultando que por escritura otorgada en 7 de Julio de 1887 ante el Notario de Alginet D. Joaquín Botella, vendió D. Salvador Perelló á su hermano D. José 14 fincas rústicas en ella descritas, situadas en diferentes términos, y media casa con su mitad de corral y altos, sita en la calle de San Cristóbal de Alcudia de Carlet, por precio de 15.954 pesetas, que el vendedor confesó haber recibido antes de aquel acto, renunciando la excepción de dinero no contado, y otorgando carta de pago á favor del comprador; consignándose también que se consideraba como más precio de la enajenación 3.942 pesetas y 36 céntimos, importe de varios plazos del precio de compra al Estado de dos de las susodichas fincas, que el D. José quedaba obligado á satisfacer á sus respectivos vencimientos, siendo inscrita esta escritura en los Registros de la propiedad de Carlet y de Alcira:

Resultando que con fecha 14 del mismo mes de Julio de 1887, los mencionados hermanos D. Salvador y D. José Perelló suscribieron, en unión de dos testigos, un documento privado extendido en papel común, y según el contenido del cual el D. Salvador vendió también á su hermano D. José diferentes bienes muebles y semovientes por la cantidad de 1.412 pesetas y 50 céntimos, de las que el comprador entregó en el acto 598 con 50 céntimos, obligándose á pagar el resto á dos acreedores del D. Salvador, cuyos nombres expresaron:

Resultando que en 7 de Julio de 1888, D. Mariano Alcañiz presentó en el Juzgado de primera instancia del partido de Carlet demanda de 6 de los propios mes y año, solicitando se declarara fraudulenta, y por tanto rescisa y nula la venta que de todos sus bienes otorgó D. Salvador Perelló Llopis á su hermano D. José en 7 de Julio de 1887, mandando en virtud de tal declaración á los Registradores de la propiedad de aquel partido y del de Alcira la cancelación de las inscripciones producidas por aquel título, á fin de que quedaran subsistentes los hechos á favor de Don Salvador Perelló y se condenara á éste y á D. José Perelló al pago de costas é indemnización de perjuicios, para lo cual expuso, entre otros hechos ya relacionados, que en 30 de Junio de 1887 reconocía D. Salvador Perelló la firma del pagaré, y en 7 del siguiente mes de Julio enajenaba á su hermano D. José las fincas; y que en los autos ejecutivos se le embargaron semovientes, y al pedir al depositario administrador nombrado Don Andrés Boix la entrega, le manifestó éste que dichos bienes habían sido vendidos á D. José Perelló; y como fundamentos de derecho invocó la ley 7.ª, tít. 15, Partida 5.ª; los artículos 36, 37, 39 y 40 de la Hipotecaria, y lo dispuesto por la 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª:

Resultando que después de citados y emplazados los hermanos Perelló, el demandante presentó certificación acreditativa de que convocados á acto conciliatorio en 16 de Julio de 1888, no comparecieron aquéllos; y deducido incidente sobre su defensa por pobre, contestaron luego unidos la demanda, pidiendo se declararan válidos y legales, por reunir todos los requisitos de la ley, la escritura y el contrato privado de compraventa de 7 y 14 de Julio de 1887 respectivamente, alegando, á mas de otros hechos referidos antes, que el pagaré cuya firma reconoció D. Salvador se hallaba también suscrito por D. Federico Raset, como deudor solidario por aval; y que D. José Perelló, sin tener noticia de la deuda ni de las diligencias preparatorias contra D. Salvador, convino en la compra de las fincas, entregando su precio; y como fundamentos de derecho adujo, entre otros, las leyes 7.ª, tít. 15, Partida 5.ª, y 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, que había prescrito la acción de pedir el actor, según el art. 37 de la Hipotecaria, toda vez que la demanda estaba fechada en 6 de Julio de 1888, el mismo día en que finalizó el año para intentar la acción rescisoria, y además se había presentado sin la certificación de haberse celebrado ó intentado la conciliación prevenida en el art. 462 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que ese acto se celebró el día 16 del mismo mes de Julio, y que el demandante tampoco había probado antes de instar este pleito la insolvencia de Perelló y la no realización del crédito que reclamaba, para poder afirmar que habían sido defraudados sus intereses, puesto que existía en el pagaré otra firma de persona que respondía por aval y subsidiariamente de la cantidad que representaba el documento, y á ese deudor solidario nada constaba que se le hubiera dicho, ni se le había requerido para el pago de la deuda, en cuyo caso el demandante no tenía acción ni derecho para pedir la nulidad de la escritura de 7 de Julio de 1887:

Resultando que Alcañiz replicó aceptando el hecho de estar suscrito el pagaré por Raset, como habían expuesto los demandados, pero observando que en los ejecutivos había demostrado la insolvencia de D. Salvador Perelló, y que Raset falleció, y siendo insuficientes los bienes de su herencia para pagar á sus acreedores, hubo verdadera y desastrosa quiebra, que demostró la insolvencia, aparte de que Raset era fiador solidario, no deudor, como expresaban los demandados, y cualquiera que fuese su responsabilidad, siempre resultaría de la venta que D. Salvador Perelló hacía ineficaces las acciones contra él; pues el fraude, y por tanto el fundamento de la rescisión, se relacionaba con el deudor, que lo procuraba sin consideración á otro responsable que pudiera mediar; y que en cuanto á la prescripción excepcionada, prescindiendo de no espirar la acción rescisoria el 6 de Julio de 1888, sino el 7, el art. 462 de la ley de Enjuiciamiento civil decía, que el Juez no admitiría demanda á que no se acompañara certificación del acto de conciliación, ó de haberse intentado sin efecto, siendo, no obstante, válidas y subsistentes las actuaciones que se hubieren practicado; luego la demanda válida como la diligencia de su presentación, no permitía que prescribieran la acción; y los demandados en la dúplica añadieron que el año para pedir finalizó el 6 de Julio de 1888, y la demanda no se presentó hasta el 7, sin que antes tuvieran ellos noticia alguna de la intención del actor de reclamar la rescisión de la escritura, ni medió antes de terminar el año acto de conciliación, ni requerimiento notarial, ni ninguna otra diligencia formal que pudiera dar á entender la demanda intentada:

Resultando que durante el período de las pruebas, además de otras practicadas á instancia de ambos litigantes, á petición del actor se unió á los autos testimonio librado con referencia á la testamentaría de D. Federico Raset, del cual consta que se declaró en estado de suspensión de pagos, citándose en 7 de Junio de 1887 y días siguientes para la primera reunión, que se verificó el 6 de Julio del mismo año, á los acreedores; en cu-

ya relación no aparecían como tales D. Mariano Alcañiz ni D. José Bayarri, á quienes tampoco resultaba dedujeran reclamación alguna; y que se admitieron proposiciones de convenio, consistentes en la cesión de todos los bienes y créditos á dichos acreedores, para repartirse á prorrata sus productos después de pagados los créditos hipotecarios y las costas; ascendiendo el pasivo á 369.491 pesetas y 58 céntimos, habiéndose obtenido de la venta total de los bienes y de las rentas líquidas recaudadas por el Juzgado 199.031 pesetas; y á petición de los demandados evacuó posiciones el actor, afirmando que no había formulado reclamación alguna jndicial para conseguir el cobro del todo ó parte de las 4.000 pesetas del pagaré de Don Federico Raset, que lo avaló, ó de sus herederos, prescindiendo en absoluto del uno y de los otros, no compareciendo tampoco ni deduciendo reclamación en los autos de suspensión de pagos de la testamentaría, de los cuales autos dijo no tener conocimiento, y que tampoco había reclamado particular ó privadamente á D. Salvador Perelló el valor del repetido pagaré antes de presentarlo al Juzgado del distrito de Serranos, para que aquél reconociera la firma:

Resultando que, continuado el pleito en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó en 13 de Marzo de 1890 sentencia revocatoria, declarando fraudulenta y por tanto rescisa y nula la venta que de todos los bienes otorgó D. Salvador Perelló Llopis á su hermano D. José en 7 de Julio de 1887, mandando en su virtud á los Registradores de la propiedad del partido de Carlet y del de Alcira la cancelación de las inscripciones producidas por aquel título, á fin de que quedaran subsistentes los hechos á favor de D. Salvador Perelló, y condenando á éste y á D. José Perelló al pago de las costas de primera instancia y á la indemnización de perjuicios, sin hacer expresión de las costas de segunda instancia:

Resultando que D. Salvador y D. José Perelló han interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, citando como infringidos:

1.º Los artículos 359 y 565 de la ley de Enjuiciamiento civil; la 16, título 22, Partida 3.ª, y la doctrina sentada en sentencia de este Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1873, de que cuando las partes convienen en la exactitud de un hecho en los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica, si la Sala sentenciadora supone que no estaba probado tal hecho, traspasa los límites dentro de los cuales las partes habían encerrado la cuestión litigiosa, é infringe la ley 13, tít. 22, Partida 3.ª, porque disponiendo en sustancia las citadas leyes y doctrina que la sentencia debe ajustarse á los puntos sobre que contienden las partes, la Sala de lo civil de Valencia altera los términos del debate jurídico, planteado en el oportuno período del juicio, en lo que concierne á la excepción de prescripción, toda vez que, alegada ésta por los recurrentes, contestó el actor: «que respecto á la prescripción de acción, prescindiendo de que la rescisoria no espiraba el 6 de Julio sino el 7, el art. 462 de la ley de Enjuiciamiento civil decía que el Juez no admitiría demanda á que no se acompañara certificación del acto conciliatorio, ó de haberse intentado sin efecto, siendo, no obstante, válidas y subsistentes las actuaciones que se hubieren practicado sin ese requisito; luego la demanda, válida como la diligencia de presentación, no permitía que prescribiera la acción; y por tanto, estando las partes conformes respecto del día en que debía comenzar á contarse el lapso del tiempo para la prescripción de la acción rescisoria, y contendiendo solamente acerca de la interrupción de dicha prescripción, era innecesaria, con arreglo al art. 565 de la ley de Enjuiciamiento civil, y á más de innecesaria improcedente, por existir perfecto acuerdo y completa conformidad entre las partes toda prueba sobre el día en que debía comenzar á correr la prescripción; y por consiguiente, la sentencia que, prescindiendo de esa conformidad, desestima la excepción de prescripción, porque los

recurrentes no habían probado desde qué día se debía comenzar á contar el término que para ella infringe las leyes y doctrina citadas;

Y 2.º La ley 7.ª, tít. 15, Partida 5.ª, en consonancia con la 9.ª, tít. 12 de la misma Partida, y la doctrina sentada por este Tribunal Supremo, entre otras muchas sentencias, en la de 13 de Marzo de 1875, de que para rescindir una venta hecha en fraude de acreedores se necesita probar el perjuicio sufrido por éstos, porque si bien la primera de esas leyes dispone la rescisión de las ventas que verifiquen los deudores en daño de los acreedores, es circunstancia esencialísima para la rescisión, en los varios casos de la ley, el que los acreedores no puedan cobrar sus créditos; y como en el presente la deuda de D. Salvador Parelló estaba garantizada por el fiador Raset, según reconocieron ambas partes, y ninguna reclamación se ha dirigido contra dicho fiador, es claro que falta esa circunstancia de la imposibilidad del cobro de la deuda; y además Parelló usufructuó los bienes de su esposa, por lo que no se puede decir que sea insolvente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que no puede estimarse bajo ningún aspecto la excepción de prescripción á que se refiere el motivo 1.º del recurso, porque apreciando, como lo hace la sentencia, que el demandante no tuvo noticia de la venta de las fincas hasta que el Registrador de la propiedad denegó la anotación del embargo, es evidente que la acción rescisoria se ha ejercitado dentro del año que señala la ley 7.ª, tít. 15, Partida 5.ª; y si para computar el tiempo se atiende á la fecha de la escritura, como quiera que no consta la hora en que se otorgó, por lo cual, aparte de otras razones, debe contarse el término desde el día siguiente al del otorgamiento, es indudable igualmente que la demanda se presentó el día en que espiraba el año:

Considerando que tampoco procede el motivo 2.º, puesto que no respondiendo los bienes privativos de la mujer de las deudas contraídas por el marido, y no teniendo D. Federico Raset, que había sido declarado en quiebra con anterioridad al juicio ejecutivo promovido contra D. Salvador Parelló, otro carácter que el de fiador de éste, no podía D. Mariano Alcañiz demandar á dicho fiador sin apurar antes todos los recursos legales respecto del deudor, y entre ellos, el de pedir la rescisión de una enajenación fraudulenta, que por reducirle á la insolvencia hacía imposible que pagase el crédito;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Salvador y D. José Parelló y Llopis, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese la certificación correspondiente á la Audiencia de Valencia, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 2 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

61

RECURSO DE CASACIÓN (4 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Gil Roger en pleito con D. Francisco María Marín (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que han de entenderse conformes de toda conformidad las sentencias á los efectos de la constitución de depósito para interponer recurso de casación por infracción de ley, con arreglo al párrafo segundo del art. 1698 de la de Enjuiciamiento civil, aun cuando varíen en lo relativo á la condena de costas:

Que no constituyéndolo en tal caso el recurrente, no procede admitir el recurso formulado, en observancia á lo dispuesto en el art. 1729, caso 2.º, de la citada ley.

Resultando que seguidos autos á virtud de demanda de D. Francisco María Marín, Marqués de la Frontera, que luego, por fallecimiento de éste, sostuvo D. Manuel Pérez Seoane, como tutor y curador de los menores herederos de dicho demandante, D. Francisco, D. Agustín y D. Vicente Marín contra D. Gil Roger y Duval, el Juzgado de primera instancia del distrito del Oeste de esta corte dictó sentencia condenando al referido demandado al pago de 20.500 pesetas y las costas; la que confirmó la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio en 12 de Noviembre del año próximo pasado, excepto en el particular relativo á las enunciadas costas, de que no se hizo especial condenación.

Resultando que el D. Gil Roger y Duval ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, sin haber constituído previamente depósito, por cuyo motivo el Ministerio fiscal se opone á que sea admitido.

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que han de entenderse conformes de toda conformidad las sentencias á los efectos de la constitución de depósito para interponer recurso de casación por infracción de ley, con arreglo al párrafo segundo del art. 1698 de la de Enjuiciamiento civil, aun cuando varíen en lo relativo á la condena de costas, como ha ocurrido en el presente caso, en el que de consiguiente ha debido constituirse dicho depósito:

Considerando que no habiéndolo verificado el recurrente, no procede admitir el recurso formulado, en observancia á lo dispuesto en el art. 1729, caso 2.º de la citada ley:

Vistos también los 1725 y 1728 de la misma;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Gil Roger y Duval, á quien se condena al pago de las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.—(Auto fecha 4 de Marzo de 1891, inserto en la *Gaceta* de 22 del mismo mes y año.)

62

RECURSO DE CASACIÓN (5 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Restablecimiento de mejoras y reconocimiento de dominio.*—No ha lugar al interpuesto por la Sociedad de desagüe de la Aldea, domiciliada en Tortosa, en pleito con D. Eulogio Despujols (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que no son de estimar los motivos del recurso que se fundan en hipótesis inexactas:

Que para prescribir el dominio de una cosa es preciso, entre otros requisitos, haberla poseído por el tiempo requerido; y estimando la Sala sentenciadora que el actor venía en posesión de los bienes litigiosos y no el demandado, no infringe al denegar la prescripción por éste invocada las Costumbres 7.ª y 8.ª, Rúbrica 8.ª, libro 3.º del Código de Tortosa, relativas al tiempo de la prescripción:

Que conforme á los principios generales de derecho expresamente sancionados en la primera de dichas Costumbres y en la segunda de la Rúbrica 10 del libro 4.º, el que afirma que le pertenece alguna cosa poseída por un tercero debe probar su dominio, sin lo cual queda el señorío en el que la posee.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del partido de Tortosa y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Eulogio Despujols y Dusay, Conde de Caspe, Teniente General de los Ejércitos Nacio-

nales, y propietario, vecino de Madrid, con la Sociedad de desagüe de los prados de la Aldea, domiciliada en Tortosa, sobre restablecimiento de mojones y reconocimiento de dominio, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por dicha Sociedad, dirigida y representada por el Licenciado D. Joaquín Díaz Cañabate y el Procurador D. Federico Grases y Riera, habiéndolo estado el recurrido por el Letrado D. Alvaro María Camín y López y el Procurador D. Luis Figuerola:

Resultando que D. Ramón Berenguer, cuarto Conde de Barcelona, Príncipe de Aragón y Marqués de Tortosa, por carta firmada el día de la fiesta de San Andrés del año 1149, dió á los habitantes de Tortosa y á sus sucesores en todo tiempo las casas, huertos y huertas, campos y viñas, labrados ó yermos, con todas las pertenencias, en heredad libre, franca y noble; asimismo les dió los prados y pastos y dehesas, con sus entradas y salidas; todo lo que estaba desde el punto llamado Coll de Balaguer hasta Ulldecona, y de la roca Folletera hasta el mar; asimismo les dió las aguas dulces y del mar, los derechos de pescar y navegar, exceptuando los estanques y salinas, en los cuales se retuvo la novena parte; cuyas cosas dió sin imposición alguna, franca y libremente, sin engaño y en la forma que estaba escrito, queriendo las tuvieran y poseyeran por derecho perpetuo, salva la fidelidad á los derechos debidos al Conde conquistador otorgante:

Resultando que en 18 de las calendas de Octubre de 1294, D. Jaime, Rey de Aragón, de Sicilia, de Mallorca y de Valencia, y Conde de Barcelona, y los Milicianos Templarios, otorgaron escritura, por la cual éstos cambiaron, concedieron y traspasaron en libre y franco alodio, á aquél y á sus sucesores y á quien quisiera, la villa y lugar de Tortosa, con todas las fortalezas y castillos, dominios, con sus habitantes, hombres, mujeres, cristianos, judíos y sarracenos que entonces habitaban y que habitaran, con todo el pleno dominio, jurisdicción y dominación, mero y mixto imperio, tal como los permutantes tenían y debían y podían tener en dicha ciudad, y en todos y cualesquiera de sus lugares y términos, así como en Benifalleto, Aldovesta, Cuesta y Tivesig, y en todos y cualesquiera de los lugares de dichos términos y ciudades, con sus campos, huertos, castillos, rocas, piedras, etc., y con todos los derechos, dominios y pertenencias expresados ó no; y que competían ó debían competir á los Milicianos Templarios, por virtud de la donación que les había hecho D. Alfonso, Rey de Aragón y Conde de Barcelona, y su hijo D. Pedro, con otras cosas donadas por Raimundo Berenguer, Conde de Barcelona, siguiendo después en la escritura la relación de las cosas dadas en cambio á los Milicianos Templarios por el mencionado Rey D. Jaime; y en 12 de las calendas de Julio de 1298, D. Jaime, Rey de Aragón, Mallorca y Valencia, y Conde de Barcelona, hizo una permuta con los Frailes del Hospital de San Juan de Jerusalén, por virtud de la cual les cedió el Rey el castillo y villa de Unda y el castillo de Galur, y ellos le dieron el castillo y la villa de Amposta, el lugar llamado Rápita, el nombrado de la Candela y el denominado la Aldea, el cual se hallaba á la otra parte del río Ebro, siendo inscrita esta última escritura en el año 1861 en el Registro de la propiedad de Tortosa; y en 16 de Diciembre de 1445 la Reina Doña María, consorte de D. Alfonso IV, dictó un decreto mandando á su Procurador que reclamara y le fueran entregados sin demora todos los bienes que habían sido ocupados en el término de Tortosa, decreto que en 7 de Febrero de 1446 mandó cumplir el Rey D. Alfonso:

Resultando que según los libros de Cabreos de Tortosa del Archivo del Real Patrimonio en 1448, 1501, 1502, 1589 á 1592, 1601 á 1616, 1718 á 1729, 1755 á 1807 y 1817 á 1843, varios vecinos de Tortosa y de Amposta

reconocieron tener en dominio del Rey piezas de tierra en las partidas y sitios que allí se mencionan de los términos de Tortosa y otros pueblos, contándose entre las partidas mencionadas del término de aquella ciudad, la de la Cava, no apareciendo, sin embargo, en los espéculos de Tortosa, Amposta y San Carlos; que los hermanos Ignacio y Cristóbal Tomás Navarro hicieron igual reconocimiento por las tierras de que luego se hablará, constando también que por sentencia que en 20 de Mayo de 1623 dictó el Baile general y Procurador del Rey en Cataluña, en pleito promovido por el Síndico y terratenientes de Amposta, se declaró que las tierras que por inundación de 1617 fueron de nuevo reducidas á cultivo, y las demás incultas, yermas y llenas de pantanos y prados circuídos de agua y que se pretendía ser comunes de la Universidad de Amposta y pertenecer á sus terratenientes particulares, eran propias del Rey y de su Real Patrimonio, debiendo restituirlas con los frutos desde el día del litigio; y por Real resolución de 22 de Octubre de 1757, recaída á representación del Baile del Real Patrimonio, en que expuso que el Corregidor de Tortosa se oponía al uso de dos establecimientos enfitéuticos, concedidos en continuación de la práctica observada por más de tres siglos, fundándose dicho Corregidor en la pretensión que tenían los vecinos de competirles el libre dominio de las tierras de su término en fuerza de la carta de población dada en 1149, sobre cuya concesión había pleito pendiente, se resolvió que la ciudad siguiera el pleito hasta su determinación, y que en el ínterin no impidiera el Corregidor los establecimientos hechos y que se hicieran en nombre de S. M.:

Resultando que en un bando publicado por el Corregidor de Tortosa en 12 de Octubre de 1776, dispuso aquél que en adelante ningún ciudadano de Tortosa ni pueblos rurales comprendidos en su término, no se atreviera á señalar dentro del mismo más porción de tierra común que la de 20 jornales de 60 varas en cuadro cada uno, y que no se pudiera pasar á señalar segunda porción, no estando puesta del todo en cultivo la primera, bajo la pena de 25 libras; que la porción señalada debía reducirse á cultivo dentro de seis años, con apercibimiento de volver á quedar de propiedad común, debiendo bajo igual pena ser reducida á cultivo por frente unida y seguidamente, y no á porciones señaladas ni de otra cualquier forma; siendo también aplicables estas reglas á los señalamientos hechos hasta entonces; y por Real orden de 2 de Febrero de 1780, se mandó que siempre que algunas personas del Principado quisieran ocupar ó romper tierras baldías de las que existían en aquellos puestos, y se comprendían hasta ellos desde más abajo de la ciudad de Tortosa, debían precisamente recurrir á S. M.; y por otra Real orden de 24 de Septiembre de 1795 se dictaron reglas para la concesión á los vecinos de Tortosa, entre ellas la de que ésta tuviera lugar en la forma acostumbrada hasta entonces, de contribuir el agraciado con derechos de entrada por jornal y el canon anuo de dos dineros de aquel Principado, cuya pensión se destinaría á las obras de construcción de la nueva población:

Resultando que una comisión de vecinos de Tortosa, en representación de más de 80 de ellos, presentó en 10 de Junio de 1844 una instancia á su Ayuntamiento, exponiendo: que en virtud de las facultades que les estaban concedidas en la carta de población, se habían hecho inmensas roturaciones de terrenos y mejorado considerablemente aquel término, pero que estas ventajas se habían reducido á cierto límite por la naturaleza del terreno; pues los pantanos existentes en la partida de la Aldea obligaban á sus moradores á abandonarla por las enfermedades que ocasionaban; que sería una gran ventaja la desecación, mas esta empresa no podía llevarla á cabo ningún particular por sí; y por eso se habían asociado y estaban dispuestos á sacrificar sus fortunas si contaban con el apoyo de la

Autoridad para que no fuera inútil el sacrificio; que no se dirigirían á terrenos de fácil roturación, sino á aquellos que la experiencia acreditaba que los particulares no habían intentado roturar; pero se trataba también de que si surtían efecto las operaciones, quedaran prevenidas las intrusiones de individuos extraños á la Sociedad, la cual emprendería las operaciones desde el instante en que el Ayuntamiento se prestara á la demarcación por peritos de la extensión de terreno cenagoso que se trataba de adquirir, bajo la cláusula de reducirlos á cultivo dentro del término de seis años que prescribía el edicto de 12 de Octubre de 1776, renovado en 1843; y que eran evidentes las ventajas que ofrecería esto á la salud pública y el gran número de trabajadores que encontrarían ocupación; no constando en autos que recayera á esta instancia acuerdo alguno del Ayuntamiento, pero sí que por escritura de 26 de Agosto del mismo año de 1844, suscrita por 105 individuos, y luego inscrita en la antigua Contaduría de Hipotecas, en 19 de Septiembre siguiente se constituyó la Sociedad de desagüe de los prados de la Aldea; y en 17 de Diciembre de 1845, el Gobernador de Tarragona comunicó al Alcalde de Tortosa que, en vista de un expediente de que aparecía que el Ayuntamiento había mandado varias comunicaciones al Presidente de la Sociedad, referentes á los terrenos concedidos á la misma por el Ayuntamiento; en vista también de la exposición que al Gobierno había dirigido dicho Presidente, pidiendo se le respetara aquella propiedad; y visto además el expediente que obraba en aquel Gobierno, del que resultaba que por fuero, cartas de población y costumbres escritas, habían gozado y gozaban los vecinos, por espacio de siete siglos, de la facultad de romper y cultivar las tierras yermas é incultas, y hacerlas suyas por este medio, según las reglas establecidas; y considerando que antes de llevarse á efecto la concesión se hizo pública la invitación con término suficiente para que todos los que quisieran tomar parte en esa empresa participaran á la vez de sus ventajas, con estricta igualdad en la imposición de cargas y repartimiento de tierras, en número de 20 jornales por persona, según lo prevenido en el edicto de 1776, y atendiendo la gran ventaja que había reportado el desagüe, había resuelto que debía considerarse á aquella Sociedad propietaria de los mencionados terrenos, siempre que hubiese cumplido lo estipulado en la escritura que otorgó, y que, en consecuencia, le prestara el Alcalde toda la protección que reclamara ante su Autoridad, impidiendo la entrada en dichos terrenos de los ganados y personas que lo intentaran sin permiso del Presidente, é imponiéndoles las penas á que se hicieran acreedores; apareciendo asimismo que por Real orden de 25 de Enero de 1850, comunicada por el Secretario de Estado y del Despacho de Comercio, Instrucción y Obras públicas; considerando que la Sociedad era colectiva; que no tenía por objeto ninguna especulación mercantil, sino la ejecución del antiguo privilegio de que gozaba la ciudad de Tortosa, del cual había resultado un bien marcado á los habitantes de las inmediaciones de los prados; que no obstante el objeto de la Sociedad, estaba enlazado con la salubridad pública, con el fomento de aquella provincia y con el aprovechamiento de terrenos pertenecientes á baldíos y comunes, por cuya razón procedía que la Autoridad pública interviniera en la Empresa, vigilando y regularizando sus operaciones, se declaró que la Sociedad no estaba comprendida en la ley de 28 de Enero de 1848; pero que debiendo por lo expuesto estar su régimen y administración bajo la vigilancia de la Autoridad pública, dispusiera el Gobernador que formara y sometiera á su aprobación, previo informe del Ayuntamiento de Tortosa, el correspondiente reglamento:

Resultando que en cumplimiento de lo acordado por el Ayuntamiento en sesión de 8 de Julio de 1850, se practicó en 22 de Noviembre del mismo año, ante Escribano público, por un Concejal, con asistencia de los Voca-

les de la Junta de la Sociedad de los Ligajeros mayores, Consejeros del Ligajo, otros propietarios colindantes y ganaderos, auxiliados por peritos y prácticos conocedores de los terrenos, el deslinde de los de la Sociedad, consignándose que éstos comprendían desde el punto denominado la Candela, siguiendo por otros lindes, entre ellos el Mas de Capitol y la extremidad de los terrenos de Camarles y Aldea; formulando los Ligajeros mayores una protesta respecto á que las tierras del Ligajo transversal no lindaban con tierras de la Sociedad, sino comunales; y otra referente á que, según el bando de 1776, no podía la Sociedad adquirir más que 20 jornales de terreno por cada socio, y no consideraban al Ayuntamiento autorizado para ceder dichos terrenos, y muy particularmente los de las partidas de Cana y Jesús y María, y los Alcaldes de estas dos partidas manifestaron que los terrenos que se hallaban sin roturar en el término de la ciudad debían considerarse como comunes, excepto aquellos que los particulares con su trabajo habían señalado con fajas; y que los que trataba de apropiarse la Sociedad se hallaban en este caso, ó fuese sin cultivar, por cuya razón debían considerarse como comunes y de libre aprovechamiento, protestando de lo que se hiciera ó declarara en contrario; y por escritura de 13 de Octubre de 1872, la Sociedad describió dichos terrenos, á fin de que pudieran ser inscritos en el Registro de la propiedad, haciendo constar que estaban situados en el término de Tortosa, partidas de la Aldea, Jesús y María y Camarles, comprendiendo una superficie de 6.561 jornales y 97 céntimos, medida del país, equivalentes á 1.437 hectáreas, 7 áreas, 14 centiáreas y 30 miliáreas, tierra en parte desmontada y sometida á cultivo, y en su mayor parte restante, prado inculto, que lindaba por Oeste con terrenos de la finca denominada de la Aldea, perteneciente á D. Alfonso Guzmán de Villoria; con la heredad nombrada Burjacenía, de los herederos del Marqués de Palmerola; con la finca conocida por la Palma, de Don Joaquín Piñol y otros; al Este con el Riet fondo, término de Perelló y terreno de la finca de Camarles; al Norte con esta misma y con los de la Granadella, de la Marquesa de la Roca y la de la Aldea; y al Sur con tierras de D. Joaquín Piñol, la heredad Maset de la Capital, D. Juan Pascual; Más de Avall, de los herederos de D. José San Gil con D. Esteban Bertrán, D. Francisco Redó, el supradicho Más de Avall, D. Juan Delsorts, D. Francisco Hernández, D. Gaspar Gilabert, D. Vicente Curto, D. Tomás Manuel, D. Juan Despachs, N. Juez y otros, siendo inscrita esta escritura en el Registro de la propiedad de Tortosa en 12 de Abril de 1873; y habiéndose nombrado por el Ayuntamiento de Tortosa, á solicitud de la Sociedad, una comisión de Concejales para que informara respecto á las obras realizadas por aquélla, informó, en efecto, el 29 de Mayo de 1882, que para que la Sociedad pudiera ultimar el repartimiento entre sus socios de los terrenos que se le concedieron, y reducirlos á cultivo en beneficio de la riqueza pública, se dieran por aprobadas las obras que tenía realizadas, como bastantes á conseguir y cumplir la desecación y saneamiento de los prados de la Aldea, por haberlos hecho terrenos cultivables, amparándola, dentro del círculo de las atribuciones de la Corporación municipal, en el disfrute y posesión de los que se le concedieron y fueron demarcados en el acta de deslinde y amojonamiento, y dicha Corporación, en sesión de 31 del mismo mes de Mayo de 1882, se conformó con este dictamen; apareciendo de un libro de la misma Sociedad, que en un sorteo por ella verificado habían sido agraciados con acciones de 25 ó de 20 jornales de tierra 94 socios, algunos de los cuales las habían traspasado á diferentes personas, figurando entre ellas, alguna con el apellido Tomás y varias con el de Navarro, pero no los hermanos D. Ignacio y D. Cristóbal Tomás y Navarro, y del amillaramiento de Tortosa del año de 1885, que la Sociedad tenía amillaradas 427 hectáreas, 8 áreas, 46 centiáreas; y que también estaban amillaradas

muchas piezas á nombre de diferentes socios, habiendo otros que no aparecían en dicho amillaramiento:

Resultando que por sentencias de 24 de Noviembre de 1855, 30 de Noviembre de 1861, 27 de Mayo y 29 de Septiembre de 1870 y 19 de Marzo de 1877, dictadas en interdictos de recobrar, promovidos por la Sociedad respecto de varias piezas de tierra situadas en las partidas de Jesús y María, Camarles y la Caba, se mandó amparar á dicha Sociedad en la posesión, y por otra sentencia de 13 de Noviembre de 1880, no se dió lugar al interpuesto contra la misma Sociedad por D. Francisco Casado y otros:

Resultando que en el Juzgado de primera instancia de Tortosa practicaron información los herederos D. Ignacio y D. Cristóbal Tomás y Navarro para acreditar la posesión que de ocho, nueve ó más años tenían, el primero de una heredad ó espacio de terreno improductivo de 80 jornales de extensión en término de dicha ciudad, partida de Jesús y María, lindante al Norte con tierras de D. Domingo Falcó; al Sur con las de Don Vicente Tomás; al Este con las de D. Juan Puchs, y al Oeste con las de D. Sebastián Arboll; y otra heredad de 150 jornales de extensión, de terreno improductivo en dicho término y partidas de Jesús y María y la Aldea, lindante al Norte con el canal Sanitario; al Sur con el Ligajo del Buch; al Este con el Ligajo transversal de Capitol, y á Poniente con tierras de D. Mannel de Córdoba; y el segundo, ó sea el D. Cristóbal Navarro, de otra heredad de 60 jornales de tierra improductiva, en el mismo término, partida de Camarles, lindante al Norte con D. Pedro Có, y á Sur, Este y Oeste con canal de la Sociedad; y de otra heredad en igual término, partida de Jesús y María, de caber 100 jornales de tierra, también improductiva, y que lindaba al Norte con canal de la Sociedad; al Sur con Ligajo transversal de Capitol, y á Saliente y Poniente con terrenos del Estado, las cuales heredades habían roturado y desmontado de terrenos comunes; siendo aprobada la información por auto de 29 de Marzo de 1871, y causándose primeras inscripciones de la posesión de dichas fincas en el Registro de la propiedad de Tortosa, de las dos primeras en 13 de Mayo de aquel año, y de las otras dos en 21 de Abril anterior, á favor, respectivamente, de cada uno de los mencionados hermanos D. Ignacio y D. Cristóbal Tomás y Navarro; el primero de los cuales y la viuda del segundo, en representación de sus hijos menores y con la autorización judicial necesaria, vendieron las citadas fincas por escritura de 23 de Marzo y 21 de Junio de 1882, inscritas también en el Registro de la propiedad, á D. José Seriñá y Giralt, quien por otra escritura en Tortosa, á 19 de Febrero de 1883, otorgó venderlas á D. Eulogio Despujols y Dusay, Conde de Caspe, aceptando éste también en escritura otorgada en Madrid á 12 del siguiente mes de Marzo la venta, que fué igualmente inscrita en el Registro de la propiedad; y posteriormente, por cuatro nuevas escrituras de 7 de Diciembre del mismo año de 1883, asimismo inscritas en el Registro, redimió cuatro censos que gravaban uno á cada una de dichas fincas, se hallaban comprendidos en el inventario de los bienes del Real Patrimonio, y se pagaban primero á éste y luego al Estado:

Resultando que D. Eulogio Despujols, Conde de Caspe, dedujo en 30 de Mayo de 1884 demanda exponiendo cuanto antes queda referido respecto de la adquisición por los hermanos Tomás y Navarro de las cuatro fincas transmitidas luego á Seriñá y después al demandante, expresando que aquéllos las adquirieron en virtud de lo dispnesto sobre ocupación de tierras en la carta de acapte y en el libro de las Costumbres escritas de Tortosa, título que robustecieron más tarde con la información posesoria inscrita, agregando: que habiéndose dicho que esas piezas de tierra pertenecían al Real Patrimonio, él, con el fin de robustecer su derecho, redimió los censos que le gravaban, cerrando así, ó creyendo cerrar, las puertas á todo

género de contingencias que pudieran sobrevenir, tanto de parte del Gobierno como de los particulares; que además rectificó las lindes é hizo amojonar las confrontaciones; pero cuando más seguro estaba de la efectividad de su derecho, supo que los guardas de la Sociedad de los Prados de la Aldea, de orden de la Junta directiva, habían levantado y llevádose dichos mojones, manifestando ante testigos que la Sociedad se creía con derecho á la posesión y propiedad de los mencionados terrenos, y por este motivo les había ordenado hacer aquello, y aun cuando el actor había continuado y continuaba en la posesión de la cosa, y podía mandar que se colocaran y levantaran nuevas confrontaciones, consideraba que se exponía á nuevos ataques y disgustos, que podían llegar á ser verdaderamente serios si la Sociedad perturbadora persistía en hacerse por sí misma justicia en sus injustificadas pretensiones, razón por la cual resolvió citarla á conciliación, en la que no resultó avenencia; y alegando asimismo los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y expresando ejercitar la acción que nacía del hecho del levantamiento de los mojones que limitaban las confrontaciones de sus tierras por los motivos é intención con que se hizo, intención y sentido que constituían una verdadera jactancia que directamente atacaba sus títulos y derechos, pidió se condenara á la citada Sociedad de desagüe de los prados de la Aldea á callamiento perpetuo respecto del dominio pleno que el demandante tenía sobre las piezas de tierra de la demanda, y á que restituyera, y á sus costas se volvieran á colocar los mojones que de su orden levantaron los guardas, y al pago de las costas y gastos del juicio:

Resultando que dicha Sociedad contestó la demanda solicitando se desestimara ésta, con acallamiento perpetuo al actor y pago total de costas y perjuicios, y que se declarase al mismo tiempo que pertenecían á la Sociedad la plena posesión y dominio de los terrenos que le fueron concedidos y estaban determinados por las lindes y amojonamientos expresados en el acta de 22 de Noviembre de 1850; para ello alegó en lo relacionado con el actual recurso: que nada tenía que ver con las otorgaciones hechas por Don Ignacio Tomás y Navarro y por la viuda de su hermano D. Cristóbal, en representación de sus hijos, á favor de Seriña, y por éste al del actor, las cuales presentaban todos los visos de meras apariencias para suponer hechos y derechos que nunca habían existido, pero sí negaba desde luego que las informaciones y expedientes á que se hacía referencia fueran de propiedad, pues en todo caso serían meros expedientes de posesión; que como tales, no daban derecho de propiedad contra tercero, y aun dicha mera posesión sería falsa y simulada, y en todo caso, como quiera que ella fuese, no podía afectar á los títulos de la Sociedad y á los linderos que constaban por el acta oficial de amojonamiento que estaba subsistente, ni á la prescripción de más de treinta años que le asistía; que el actor destruía por sí propio el derecho que suponía tener por las escrituras, según las cuales los hermanos Tomás adquirieron el terreno como comunal, y por el derecho que sobre tierras yermas concedía á los moradores la carta puebla, pues si eran del Real Patrimonio no podían ser apropiadas por los vecinos, y al contrario, si eran comunales no podían pertenecer al Real Patrimonio, ni éste expedir título alguno valedero, y el demandante estaba obligado por el art. 524 de la ley de Enjuiciamiento civil á precisar cuál de los dos fundamentos era el que accionaba para que se supiera cuál había de ser la base de la oposición y de la sentencia, aunque era seguro que no podría defender ni uno ni otro, pues él mismo manifestaba su falta de convicción al decir que hizo la redención del censo con el fin de robustecer su derecho; que cuanto se exponía y pedía por el actor respecto de mojones, era de notoria temeridad y contra sentido jurídico, pues él mismo decía que rectificó las lindes, no obstante ser evidente que por sí y ante sí

no pudo hacer tal rectificación, y los guardas de la Sociedad cumplieron su deber al quitar aquellas piedras, que no podían ser consideradas como mojones del terreno de la misma, en que habían sidó puestas fraulentamente; que no era cierto que el demandado hubiera tenido ni tuviera posesión donde colocó dichas piedras, ni en otro sitio dentro de la divisoria marcada por mojones de los terrenos que eran de la Sociedad, por ser ésta quien los poseía, sin cometer nunca intrusiones, y habiendo sido amparada siempre en su posesión por los Tribunales; que el actor incurría en plus petición, ó fuese en exceso entre el hecho que atribuía á la Sociedad y la petición que formulaba, porque aun cuando ella hubiese quitado realmente mojones y fectádo por esto la divisoria de terrenos colindantes, podría pedirse que volvieran á ser colocados los mojones, conforme hacía dicho actor; pero no se podía pedir además que se reconociera su dominio en toda la extensión de terreno y en todo lo contenido dentro de las confrontaciones con los varios sujetos que mencionaba, en relación á los cuatro puntos cardinales; que de haber la Sociedad quitado las piedras llamadas mojones de un lado, no se deducía que tuviera pretensiones á lo que estaba fuera de los límites de su pertenencia, deduciéndose, sí, de todo lo expuesto, ser la demanda capciosa y su pretensión amañada; y que bajo el pretexto de lindes, el objeto era suponer fincas imaginarias, que tan sólo existían en el papel para apoderarse del terreno contenido en el amojonamiento que marcaba la pertenencia de la Sociedad, pues las cuatro fincas que el actor suponía tener, pretendía conseguirlas dentro de la pertenencia de la Sociedad, y si era así debía decirlo con claridad, pero de no hacerlo, la cuestión actualmente propuesta, no era más que de lindes, no de reivindicación, según improcedentemente pedía que se declarara, porque para esto debía consignar de qué terreno se había apoderado la Sociedad, ó al menos de cuál se desconocía el pretendido derecho del demandante, y no limitarse el mero acto ó idea de mojones; y que en los terrenos donde estaban las piedras quitadas, existían varias acciones ó parcelas de la Sociedad, determinadas con mojones ó hitos particulares con acequias, con cultivos y otros signos, que desde luego demostraban la antigua posesión de aquella tierra, la cual además estaba incluída dentro de sus pertenencias, determinadas por el amojonamiento general que se hizo de su totalidad; perteneciendo á la Sociedad en posesión y dominio todo lo contenido en la concesión del Ayuntamiento en 1844, y en el amojonamiento practicado en el año 1850 con intervención de todos los colindantes, inscrito en el Registro de la propiedad, en el que también se inscribió después la descripción del mismo inmueble, respecto al cual el Ayuntamiento había declarado haberse cumplido cuanto debía hacer la Sociedad:

Resultando que al replicar el actor expuso lo que estimó procedente en refutación de las alegaciones de la Sociedad demandada, añadiendo, entre otros particulares: que no había perdido la posesión de las fincas ni un día, pues sólo se le había perturbado en ella por el levantamiento de los mojones, y precisamente para que este acto no pasara como despojo había ejercitado la acción de jactancia, por lo que el hecho significaba, según la intención de quien lo ordenó: que dentro de las haciendas del pleito no había hitos y mojones de particulares demostrativos de la existencia de acciones ó parcelas de la Sociedad, y menos acequias, ni cultivos, ni signos de ninguna clase, fuera de los puestos por el actor, ni la existencia de esas parcelas constaba en el Registro, sino únicamente la hacienda de aquél sin notas de ninguna clase; que la Sociedad demandada podría tener la posesión y el dominio, si se quería, de todo lo contenido en la concesión hecha por el Ayuntamiento en 1844, pero no la de las fincas del pleito, como lo acreditaba la misma concesión que se refería á los charcales ó terrenos pantanosos de la Aldea, ó partido de la Aldea, y las fincas del pleito no

eran pantanosas y radicaban casi en su totalidad en la partida de Jesús y María: que además esa concesión era esencialmente nula en su origen, aun en el supuesto de que las tierras objeto de ella pertenecieran á la clase de las libremente ocupables del país, mediante no tener ni haber tenido nunca el Ayuntamiento de Tortosa, y antes de él las Autoridades de su Universidad, derecho para establecerlas á nadie, atendido que, con mucha anticipación, en la carta del acapte estaban ya establecidas por quien podía hacerlo; que la franquicia de la Rúbrica 6.ª, libro 2.º de las Costumbres, era á favor de los ciudadanos y pobladores presentes y futuros de Tortosa, franquicia personal, derecho individual y privado que las Autoridades administrativas, por consideraciones de policía y de orden, habían podido regular, pero no hacerlo suyo para transmitirlo con estas ó aquellas condiciones, y si esa franquicia no subsistía en la forma y con toda su integridad, como se consignaba en la ley del Fuero, en ese caso el derecho que el Ayuntamiento se arrogaba pertenecía al Estado, porque esos bienes y terrenos con la abolición de la franquicia pasaron á la nación; que también eran nulos el amojonamiento y la descripción que la Sociedad demandada decía inscritos en el Registro, porque aquél fué protestado en el acto; que la Real orden, el oficio del Gobernador y las sentencias que se excepcionaban eran en un todo ajenos á la cuestión de autos, por referirse la primera á la creación de la Sociedad convenida y las sentencias á interdictos de recobrar y retener en que las partes y las cosas eran distintas; y concluyó, que en vista de las excepciones propuestas por la Sociedad demandada, y usando del derecho que concede la ley de Enjuiciamiento civil, ampliaba y adicionaba la súplica, pidiendo que, en méritos de la acción propuesta, de la de nulidad que ejercitaba, y de la de dominio perteneciente al alegante sobre los terrenos objeto del pleito, se resolvería en su día definitivamente: primero, que la concesión por el Ayuntamiento de Tortosa, hecha á la Sociedad de desagüe de los prados de la Aldea de terrenos sitos en la partida de este nombre, era nula; segundo, que era nulo también y sin eficacia el amojonamiento y descripción del inmueble que por parte de la Sociedad demandada se excepcionaba, y debía cancelarse y ordenarse que cancelara su inscripción que se decía que obraba en el Registro de la propiedad; tercero, que el actor había probado bien y cumplidamente, con relación á la Sociedad demandada, el dominio que sostenía tener sobre las cosas de este pleito, y la jactancia de que se quejaba; condenándola además á callamiento perpetuo sobre las mismas, á que restituyera y á su costa hiciera poner y volviera á colocar los mojones que de su orden los guardas levantaron, y al pago de todas las costas y gastos de este juicio:

Resultando que la Sociedad, en el escrito de dúplica, insistió y reprodujo sus alegaciones impugnando las contrarias, y adicionó á aquéllas, entre otros extremos: que el actor no había dicho si pedía como sucesor en el dominio adquirido por derecho comunal, ó como sucesor en el dominio adquirido por el derecho del Real Patrimonio; que habiendo hecho aquél rectificación de linderos, era claro que había alteración en la pertenencia de terrenos, y no se debía perder de vista que el actor no era colindante, ni hubo tal rectificación, ni colocación de mojones divisorios, sino sencillamente que, sin tener terreno ni finca alguna, ocupó la hacienda del otro, demarcando dentro de ella el terreno que le plugo para crearse una propiedad; que el actor reconocía que podrían no obligar á la parte demandada tales actos en que no intervino, con lo cual echaba abajo su demanda en que pedía se condenara á volver á colocar los que llamaba mojones; que el actor sólo podía ostentar inscripción en el Registro desde 1871, y esta de mera posesión, que no daba derecho contra tercero; siendo de notar en ese expediente que no se acreditaba estar amillaradas las supuestas

fincas á nombre de los hermanos Tomás; que aun teniendo posesión las confrontaciones de sus títulos, se referían á cosas y á personas no significadas ni contenidas dentro del espacio amojonado, que como propiedad suya defendía la parte demandada; que el actor no había podido conciliar las divergencias existentes entre su petición y el fundamento que alegaba para pedir; que no era cierto que en cuerpo alguno de legislación se autorizara á nadie para apoderarse de terrenos no cultivables, ni de los pastos, ni de los solares, tan sólo porque uno quiera, y aun menos en toda la extensión que se le antojara, aunque ésta llegase á la totalidad, ni tampoco sin practicar desmontes, ni á costa de gravamen, sin autorización y sin retribución alguna; y si esto fuera según lo inventaba el actor, era preciso que manifestara con qué derecho ó facultad y cuáles obligaciones pudo apoderarse de todo cuanto deseaba, y especialmente cuando ya había quien estaba apoderado de ello y lo retenía conforme lo había hecho la Sociedad demandada desde 1845; que el demandante no decía por qué no tuviera derecho el Ayuntamiento para hacer la concesión, y aun cuando lo dijera sería inútil, porque no era ante los Tribunales ordinarios donde podían discutirse los actos de los Ayuntamientos, ni si la Sociedad demandada había ó no cumplido las condiciones que se le impusieron, siendo además cierto que las había cumplido, según aprobación y declaración explícita del Ayuntamiento, como lo era que éste pudo hacer á la Sociedad la concesión por su deber de atender á la policía rural y de salubridad; que lo que Despujols hacía en su súplica no era ampliación ni adición, sino alteración del objeto principal del pleito, por cuanto la petición de la demanda se concretó á reclamar el dominio de las cuatro piezas de tierra y la reposición de los mojones, ó fuese lo que se expresaba en la petición tercera de la réplica; y en ésta alteraba el objetivo, pidiendo la nulidad de todos los derechos de la Sociedad demandada, y que perdiera, por consiguiente, no solo las cuatro fincas reclamadas, sí que además todos los restantes terrenos; á lo cual excepcionaba la prescripción y el derecho comunal para adquirir tierra que incumbía á cada uno de los socios como moradores de Tortosa, debiendo también recordar al Juzgado que carecía de atribuciones y competencia para resolver la nulidad de un acto administrativo y de los acuerdos del Ayuntamiento, tomados en funciones propias y sobre cosas administrativas, y para anular los efectos de una providencia del Gobernador y lo dispuesto en una Real orden; y que si el repetido Despujols estuviera en tiempo para reclamar tales nulidades, debería apurar, primero, la vía gubernativa; y concluyó pidiendo que en su día se declarara improcedente la alteración que se consignaba en la réplica respecto á lo pedido en la demanda, y que el Juzgado carecía de atribuciones y competencia para declarar la nulidad de actos administrativos á que se referían los núms. 1.º y 2.º de la súplica de dicha réplica:

Resultando que practicada por ambas partes prueba documental y testifical, así como también de posiciones por la demandante, se siguió el pleito en dos instancias, y la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó, en 28 de Noviembre de 1889, sentencia revocatoria, condenando á la Sociedad de desagüe de los prados de la Aldea á que restituyera y á su costa se volvieran á colocar los mojones que de su orden levantaron y quitaron sus guardas, en los mismos puntos que lo hicieron; condenándola también á callamiento perpetuo respecto al dominio que había pretendido tener sobre el terreno donde estaban colocados dichos mojones; sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que la Sociedad de desagüe de los prados de la Aldea interpuso recurso de casación, invocando los números 1.º, 2.º, 6.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º La infracción de la ley 64, tít. 2.º, Partida 3.ª, en el sentido de que

no haciendo del hecho del levantamiento de los mojones á favor del actor otra acción que la personal de jactancia, debió ser aplicada la citada ley, absolviendo ó condenando á la Sociedad recurrente, pues la cuestión planteada por las partes en las respectivas pretensiones, y en uso de la acción y excepciones deducidas, se redujo á pedir el actor la colocación de los mojones arrancados, determinando de una manera expresa que se querellaba de jactancia, y que se condenara al demandado á callamiento perpetuo respecto del dominio que el actor alegó tener sobre las fincas descritas en su demanda, solicitando á su vez la Sociedad que se desestimara la demanda, declarando, al propio tiempo, que la pertenecían la plena posesión y dominio de los terrenos que le fueron concedidos y están determinados por los lindes y amojonamientos expresados en el acta de 22 de Noviembre de 1850, sin que se sostuviese, como inexactamente se expresaba en la sentencia, el hecho de que las tierras, cuyo dominio alega el demandante, estuviesen ó no dentro del referido amojonamiento:

2.º Al admitir y no rechazar la sentencia las nuevas acciones deducidas por el actor en su escrito de contestación *(sic)*, alterando de un modo claro y patente la producida en la demanda, y las pretensiones objeto principal del pleito á que dicho escrito dió origen, infringe los artículos 548 y 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, las leyes 5.ª y 16, tít. 22, Partida 3.ª, y la doctrina consignada en sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 1870, 25 de Septiembre de 1872, 25 de Mayo y 5 de Diciembre de 1874 y 7 de Julio de 1875, por cuanto en el fallo recurrido se ha venido á hacer, de una manera implícita, declaraciones de dominio que no se habían pretendido, puesto que ambas partes han manifestado que á nadie se ha inquietado en la posesión de lo que respectivamente estiman pertenecerles, y por lo tanto no se ha hecho uso de la acción reivindicatoria ni de ninguna otra que tuviera por objeto el conseguir la declaración del fallo dictado por la Audiencia de Barcelona, que, excediéndose en el ejercicio de su jurisdicción al hacer la declaración de que se trata, conoció de asunto para el que era incompetente, cual es el de la nulidad de un acto administrativo y de los acuerdos de un Ayuntamiento tomados en funciones propias y sobre cosas administrativas, y también la nulidad de providencias dictadas por un Gobernador civil y de lo dispuesto por una Real orden:

3.º Porque la Sala sentenciadora interpreta de una manera errónea la carta de población de la ciudad de Tortosa, concedida á sus moradores por el Conde Ramón Berenguer IV, y la Rúbrica 1.ª, tít. 1.º, Costumbre 6.ª del Código de la citada ciudad, que da derecho á los ciudadanos de ella para cultivar sus tierras yermas, sin que tengan que hacer servicio á nadie y francamente; pues á fin de deducir que el actor ha podido redimir el dominio directo, supone, violando al hacerlo lo dispuesto en la Costumbre y Rúbrica mencionada, que dicha carta de población es de *acapte,* que en castellano significa carta de establecimiento en *enfiteusis,* dando á entender que las tierras de que se trata pertenecían al Soberano, cuando según la Costumbre y Rúbrica citadas eran comunales; y si bien consta que el actor, por escritura pública, redimió un censo, también es notorio que en el Registro de la propiedad no estaba inscrito semejante derecho del Real Patrimonio:

4.º Por infringir asimismo la sentencia recurrida, mediante no haberlas aplicado, las disposiciones del Código foral de Tortosa, Rúbrica 8.ª, Costumbres 7.ª y 8.ª, tít. 3.º, *De rei vindicata,* conforme á las cuales, lo que se posee en Tortosa por más de treinta años, aunque *sea sin razón,* puede ser tomado; resultando igualmente infringido el usatge *omnes causæ,* vigente en todo el principado de Cataluña:

5.º Al sostener que á la Sociedad recurrente, demandada en estos autos,

correspondía probar su dominio sobre las fincas descritas por el actor, se han violado por la sentencia recurrida las leyes 1.a y 2.a, tít. 14, Partida 3.a, que consagran en nuestro derecho los principios jurídicos *omnis probandi incumbit probatio qui dicit non qui negat,* cometiendo la Sala el error de derecho á que se refieren aquellas leyes y doctrinas; pues á D. Eulogio Despujols, demandante, correspondía probar la jactancia de que se quejaba, sin estar la Sociedad recurrente obligada á hacerlo de su negativa, que consistía en sostener no había cometido acto alguno que inquietara á nadie en la posesión de lo que le pertenecía, negativa que no es de las que deben probarse, siendo quien sostiene el hecho negado quien debe probar, y en este caso con mayor razón, por ser el que afirma el demandante;

Y 6.o Por haberse cometido errores de hecho en la misma apreciación de la prueba, al no tener presente el fallo recurrido lo que resulta de los documentos presentados por la Sociedad recurrente, entre otros, la escritura de deslinde hecha á su favor por el Ayuntamiento de Tortosa, los certificados de las sentencias en que se declaró por los Tribunales la posesión de la Sociedad en todo el terreno que la fué deslindado y amojonado, y los de la citada Corporación, referentes á los amillaramientos y los planos parcelarios de los terrenos de la Sociedad.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que los dos primeros motivos del recurso se fundan en la hipótesis de haberse estimado una acción extemporáneamente deducida y diversa de la ejercitada, lo cual es inexacto, puesto que el fallo recurrido, accediendo á la demanda, se ajusta á lo pedido en la misma, y por tanto no ha infringido las leyes y doctrinas invocadas en apoyo de ambos motivos:

Considerando que tampoco infringe ni ha podido infringir la carta de población otorgada por D. Ramón Berenger IV á los vecinos de Tortosa, y la Costumbre 6.a, Rúbrica 1.a, libro 1.o de su Código municipal, que se citan en apoyo del tercer motivo, porque ni directa ni indirectamente se ha estimado, cual supone el recurso, que los terrenos litigiosos estuvieran alguna vez ni dejaran de estar sujetos al dominio directo de la Corona:

Considerando que para prescribir el dominio de una cosa, preciso es, entre otros requisitos, haberla poseído por el tiempo requerido; y como la Sala sentenciadora reputa probado que el actor venía en posesión de los terrenos litigiosos y no la Sociedad demandada, indudable es que, al desestimar la prescripción por ésta invocada en su defensa, no ha infringido, cual se supone en el cuarto motivo, las Costumbres 7.a y 8.a, Rúbrica 8.a, libro 3.o del Código de Tortosa, relativas al tiempo de la prescripción:

Considerando que dado el hecho de la posesión, por parte del actor, tampoco se han cometido las infracciones alegadas en el quinto motivo, pues conforme á los principios generales de derecho expresamente sancionados en la primera de dichas Costumbres y en la segunda de la Rúbrica 10 del libro 4.o, el que afirma que le pertenece alguna cosa poseída por un tercero debe probar su dominio, sin lo cual queda el señorío en el que la posee:

Considerando que no habiéndose traído por el recurrente los documentos á que alude en el último de los motivos del recurso, ni apareciendo de la referencia que de ellos se hace en la sentencia el error de hecho que se le atribuye en la apreciación de las pruebas, debe este motivo desestimarse como los anteriores;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la Sociedad de desagüe de los prados de la Aldea, á la que condenamos al pago de las costas; y líbrese la certificación correspondiente á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 5 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Mayo del mismo año.)

63

RECURSO DE CASACIÓN (6 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de escrituras y otros extremos.*—Ha lugar al interpuesto por D. Joaquín Madrid y otros, en pleito con D. Julio Zabaleta y otros (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que las leyes que regulan las legítimas son de derecho público superior á toda convención, y por lo mismo ni los padres están facultados para reducir ó gravar las porciones legitimarias de los hijos, ni éstos pueden renunciarlas válidamente en vida de aquéllos:

Que, según la ley 6.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, ninguno puede dar ni prometer por vía de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, no entendiéndose ser dicha hija mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos:

Que el poseedor de la herencia indivisa se entiende que posee en nombre de los demás coherederos ó partícipes, por lo que no se puede defender por tiempo, según consigna la ley 2.ª, tít. 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación:

Que la interpelación judicial interrumpe la prescripción, que nunca corre en los asuntos pendientes.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Oviedo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad, por D. Joaquín Madrid Noriegas, propietario, vecino de Peraza, como cesionario de D. Nicolás y D. Telesforo Tuñón y García Argüelles, D. Graciano y Doña Eladia García Ciaño y García Argüelles, propietario y vecino el primero de las Casas de Cabezada y la segunda de Gijón; Doña Máxima García Ciaño y García Argüelles, consorte de D. Guillermo de la Concha y Llera, propietarios, vecinos de Villaviciosa; Doña Ernestina García Ciaño y García Argüelles, consorte de D. Gaspar Martínez Fernández, propietario, industrial, vecino de Pola de Laviana, y D. Emilio Zapapino y Martínez, propietario, vecino de Pola de Laviana, como mandatario de Doña Inocencia García y Ciaño y García Argüelles, y del marido de la misma, D. Mariano Menéndez y Valdés, Gobernador de provincia en Filipinas, con D. Julio Zabaleta de Harraza, Comisario de Guerra y vecino de Oviedo, en representación de su esposa Doña Elvira Menéndez Valdés y Bernardo Estrada, y D. José María Fernández Ladreda y Miranda, Comandante de Artillería con destino en la fábrica de Trubia, como marido de Doña Clara Menéndez Valdés y Bernardo Estrada, sobre nulidad de diferentes escrituras, administración de bienes hereditarios bajo fianza y rendición de cuentas, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandados, y en su defensa y representación por el Doctor D. Germán Gamazo y el Procurador D. Joaquín Díaz Pérez, habiéndolo estado las partes recurridas por el Letrado D. Manuel Pedregal y Cañedo y el Procurador D. Celestino Armiñán:

Resultando que los consortes D. Nicolás García Argüelles de Meres y Doña Martina Bernaldo de Quirós tuvieron cuatro hijas, llamadas Doña María Teresa, Doña Josefa, Doña Rita y Doña Martina, y con motivo del matrimonio concertado entre la primogénita Doña María Teresa y D. Vicente Bernardo Estrada, se otorgó una escritura de capítulos matrimoniales en las Casas de Pedrazos del lugar de Cuevas de Fel en 19 de Noviembre de 1831, á la que concurrieron los futuros cónyuges y sus respectivos padres, otorgando D. Nicolás García Argüelles y su esposa Doña Martina,

entre otros extremos, los siguientes: que se constituían y obligaban á mantener en su unión, casa y compañía desde el día en que se verificase el matrimonio á los contrayentes y familia que procreasen, vistiéndolos y asistiéndolos de alimento y demás necesario como á sus propias personas y las de sus tres hijas Doña Rita, Doña Josefa y Doña Martina; que si antes de transcurrir los trece primeros años se separaban de su compañía, les darían una de sus casas principales con el menaje, ajuar y ganado y 100 fanegas de pan anuales, consignadas en los renteros y caseros de la casa que les designasen, á eleccion todo de los donantes; que si dicha separación no la intentaban ni efectuaban hasta transcurridos dichos trece años de matrimonio, les darían no solamente una de las tres casas principales, sino también la mitad de todos sus muebles, semovientes, dinero y alhajas, con 150 fanegas de pan, que percibirían y cobrarían de los renteros y colonos de ella y de los más inmediatos de otra si no alcanzasen los de la señalada; que era condición y formalidad de esta escritura la de que D. Vicente había de dar y entregar á cada una de las citadas hermanas de Doña Teresa 4.000 ducados en metálico ó en bienes raíces y semovientes cuando tomasen estado, si aun no lo hubiesen tomado al fallecer su padre el otorgante, y por consiguiente éste no hubiere satisfecho sus dotes; cuyas tres hijas, al recibirlos, ya fuera de su padre ó de D. Vicente, habían de renunciar á su favor y al de Doña María Teresa sus legítimas paterna y materna, bajo cuya renuncia y no en otra forma se constituía la entrega de sus dotes; que era asimismo declaración y condición de esta escritura que si la otorgante Doña Martina sobreviviera á su marido D. Nicolás, el D. Vicente y la Doña María Teresa la habían de dar y entregar para sus alimentos una de las casas principales que eligiere con la tercera parte de las rentas que del D. Nicolás quedaren, y los muebles y ajuar y ganados correspondientes, que no bajarían de la cuarta parte si existiere la sociedad de ambos matrimonios, ó de la mitad que tuviere el D. Nicolás á su fallecimiento estando separados, renunciando la Doña Martina con esta entrega á favor de su hija Doña María Teresa y de D. Vicente todos sus dotales y gananciales, que serían para los referidos y sus sucesores, igualmente que los bienes muebles y semovientes que remaneciesen á su fincabilidad, á no ser que alguna de sus tres citadas hijas no se hubiese acomodado, pues en tal caso entraría la hija que huérfana quedase á partición de los bienes muebles y semovientes, representando el D. Vicente y Doña Teresa su acción y la de las demás hermanas de ésta que hubiesen dotado ó heredado; y que si á la muerte de D. Nicolás y Doña Martina quedaba alguna de las tres susodichas hijas solteras, el Don Vicente y Doña María Teresa le consignarían renteros y colonos para satisfacerla 30 fanegas de pan anuales, renunciando esta alimentada en favor de ellos todas sus legítimas y los muebles y ganados partibles ya explicados con respecto á los que quedaren de la madre Doña Martina; siendo declaración que las así alimentadas sólo podrían perjudicar al Don Vicente y á Doña Teresa en el quinto de sus bienes muebles y semovientes, del que podrían disponer únicamente en favor de quien les pareciese: después de lo cual se añade en esta escritura por los padres del D. Vicente Bernardo Estrada á las estipulaciones que dejaban hechas en primer término que, en atención á las consideraciones que hacían presentes, y reconociendo la necesidad de proveer á su hijo D. Vicente para que pudiera sostener las cargas que se imponía en el matrimonio que iba á contraer, se obligaban á darle, en lugar de los alimentos anuales que le correspondían en proporción á las facultades de ellos, 12.000 reales por cada uno de los doce primeros años de matrimonio, queriendo que la mitad de esta cantidad alimenticia en dichos doce años, importante 72.000 reales, se entregara en el primer día del matrimonio al D. Nicolás, para que con ell

donara á los dotes referidos de sus tres hijas, una vez que los bienes de éste y de ellas han de quedar para el D. Vicente y la Doña Teresa del modo que ya queda estipulado, y que la mitad restante se pagase igualmente á razón de 6.000 reales en cada uno de dichos doce años al mismo D. Nicolás, quien la invertirá (sigue diciendo á la letra), así demás del gasto mayor que le sobreviene en este matrimonio y aumentará los fondos de la sociedad que con él está establecida, y una y otra cantidades, caso de no acomodarse sus hijas en su vida, quedarán, como todo lo que de él remaneciere, á favor de los mencionados D. Vicente y Doña Teresa, con las modificaciones alimenticias contenidas en esta escritura, á lo que se obligaban todos, unos y otros, pena de ejecución:

Resultando que por otra escritura de 31 de Mayo de 1832 el D. Nicolás García Argüelles y D. Benito Bernardo Estrada, padre del D. Vicente, ratificaron la anterior escritura de esponsales, añadiendo que después de otorgada aquélla convinieron verbalmente en hacer entrega y depósito en cada año, por espacio de doce, de 6.000 reales, que habían de servir para el pago de la dote que el D. Vicente había de dar á las tres hijas del Don Nicolás en el caso de contraer matrimonio, quedando á favor de los dos cónyuges el residuo, pues que no tenían que percibir por tal concepto de D. Vicente más que 4.000 ducados cada una, que componían la suma de 12.000; que por lo tanto dicho resíduo ó sobrante quería D. Nicolás quedase á su óbito á favor de D. Vicente y de Doña María Teresa, porque él era quien se constituía y prometía esta entrega cada año, y en la citada escritura de esponsales constaba que todos los bienes del D. Nicolás quedaban á favor y en beneficio de sus indicados hijos, bajo las condiciones y bases que de dicha escritura resultaban:

Resultando que Doña Josefa García Argüelles, hija de D. Nicolás, contrajo matrimonio con D. Benito García Ciaño, siendo dotada en escritura pública de 2 de Febrero de 1833 con los 4.000 ducados prometidos, mediante los cuales se dió por satisfecha en dicha escritura de ambas legítimas, renunciándolas en favor de su hermana mayor Doña María Teresa y de su marido D. Vicente; y por otra escritura de 25 de Abril de 1836, el D. Benito García Ciaño, con licencia de su citada esposa, otorgó carta de pago de los 4.000 ducados prometidos, desistiendo y apartándose de toda reclamación, acción y derecho que les asistiera y pudiera asistir por legítima paterna y materna:

Resultando que otra de las hijas de D. Nicolás, la Doña Martina, casó con D. Gregorio Bernardo Tuñón, con cuyo motivo le fueron prometidos, en escritura de 29 de Mayo de 1833, por vía de dote 4.000 ducados, como consecuencia de lo estipulado en la escritura de esponsales de 1831, no constando en esta escritura que la Doña Martina renunciara á sus legítimas, y en 3 de Octubre de 1838 otorgó Tuñón á favor de D. Benito Bernardo Estrada carta de pago de la cantidad de 30.000 reales que había recibido anteriormente por la dote ofrecida á su esposa Doña Martina, cuya escritura fué ratificada por otra de 4 de Abril de 1839 por el mismo Don Gregorio Bernardo Tuñón, asistido de curador *ad litem:*

Resultando que en otra escritura pública otorgada en la villa de Mieres del Camino en 28 de Septiembre de 1840 ante D. Nicolás García Argüelles y su yerno D. Vicente Bernardo Estrada, se hizo constar que sobre el cumplimiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales de 19 de Noviembre de 1831, en la parte alimenticia, después de algunos años de matrimonio y de vivir en comunicación, habían surgido dudas que habían originado pleitos, hallándose la última sentencia dictada pendiente de apelación ante el Tribunal Supremo de Guerra y Marina; que en atención á las consideraciones que hacían presente, habían resuelto transigir las pretensiones instauradas, conviniendo y conformándose en la manera

siguiente: que el D. Nicolás, en vez de lo capitulado en la escritura matrimonial, había de dar á su yerno D. Vicente y la mujer de éste, Doña María Teresa, 150 fanegas de pan anuales por la medida mayor en los colonos y renteros que se determinaban, quedando D. Nicolás en la propiedad de los bienes todos; que igualmente les había de entregar 12 cabezas de ganado vacuno; que había de permitir que su hija la Doña María Teresa pudiera aprovecharse, como suyos, de los ajuares, ropas y demás muebles de su uso, dejando á la libre disposición de su esposa Doña Martina el entregar á su hija y yerno los demás ajuares que por bien tuviese; y que el D. Vicente se obligaba al cumplimiento de cuanto á él y su consorte les competía por el otorgamiento de dicha escritura de capitulaciones matrimoniales, ratificándola en todas sus partes, con desistimiento de cualquiera demanda ó pretensión por él interpuesta sobre la nulidad ó lesión de la misma, que quería tuviera toda la fuerza y valor necesario en derecho:

Resultando que D. Nicolás García Argüelles falleció en 26 de Enero de 1848, bajo testamento en que declaró: que de su matrimonio con Doña Martina Bernaldo de Quirós había tenido cuatro hijas, llamadas Doña María Teresa y Doña Josefa, que se hallaban casadas; Doña Rita, que había muerto soltera, y Doña Martina, que había fallecido, dejando de su matrimonio con D. Gregorio Bernardo Tuñón dos hijos, llamados D. Nicolás y D. Telesforo, y nombró fideicomisario á su yerno D. Benito García Ciaño, consorte de la Doña Josefa:

Resultando que la Comandancia general de Oviedo incoó diligencias de inventario de la herencia de D. Nicolás, que gozaba de fuero militar, proveyendo de curador *ad litem* á los menores D. Telesforo y D. Nicolás Tuñón, por hallarse su padre ausente en Ultramar, y continuó su tramitación, no obstante el testamento del finado, hasta que por auto del Capitán general, de 17 de Marzo de dicho 1848, dictado á instancia de los herederos, se mandaron suspender aquellas diligencias y que se dejasen libres y expeditas las facultades concedidas en el testamento á García Ciaño, el cual debería proceder á formar inventario, tasación y partición extrajudicial, presentándolas luego á su aprobación; y en cumplimiento de este auto el Comandante general entregó todo lo actuado á García Ciaño, que aceptó el cargo de fideicomisario, y continuó practicándose el inventario hasta ultimarlo; procediéndose después á la tasación por peritos, que nombraron todos los interesados, y habiendo quedado suspendidas dichas operaciones en 18 de Julio de aquel mismo año 1848, para adquirir noticias respecto á deudas que debían eliminarse del inventario, sin que se volviese á practicar ninguna otra diligencia:

Resultando que habiéndose promovido después ante el Juzgado de primera instancia de Oviedo demanda de partición de la herencia de Don Nicolás, y remitidas las actuaciones por dicho Juzgado al Capitán general, por quien fué requerido de inhibición, dictó este último un auto en 4 de Mayo de 1850 mandando dar vista del inventario y tasación á los interesados para que expusieran lo que creyeran conveniente sobre su aumento ó disminución, sin perjuicio de que por separado introdujesen las pretensiones conducentes á su defensa, haciéndose saber á las mismas partes se abstuvieran de enajenar ni hipotecar ninguno de los bienes que de la citada fincabilidad se hallasen posesionados, llevando de sus rentas y productos la correspondiente cuenta y razón para presentarla cuando les fuera ordenado; y después de evacuado el traslado por todos los interesados, previa audiencia del Fiscal, dictó otro auto en 28 de Mayo de 1851, que fué consentido por todas las partes, acordando que con intervención de todos los interesados de la testamentaría, y entendiéndose sin perjuicio de los derechos de cada uno de ellos y sin prejuzgar cuestión alguna, se procediera sin levantar mano por los testamentarios á ampliar y rectificar el

inventario y tasación de todos los bienes que quedaran á la defunción de D. Nicolás, para lo cual se les concedió el término de dos meses, contados desde la notificación de aquella providencia, bajo apercibimiento de que, pasado dicho término, se practicaría la operación á su costa judicialmente, y declarando además no haber lugar por entonces á la pretensión de que se pusieran en depósito y administración los bienes de la testamentaría, y se concediesen alimentos á los hijos de D. Gregorio Bernardo Tuñón, y que estas partes usasen del proveído de 4 de Mayo en los términos que creyeran convenirles:

Resultando que en el año de 1878 acudió Doña Josefa García Argüelles, viuda ya de D. Benito García Ciaño, al Juzgado de primera instancia de Oviedo, pidiendo reclamase de la Capitanía general de Valladolid el juicio de testamentaría de D. Nicolás García Argüelles, y acordado así, solicitó en vista de los autos, que por peritos de recíproco nombramiento se procediera á la ampliación del inventario y tasación de bienes, conforme á lo mandado en el auto de 28 de Junio de 1851, y que se decretara la intervención de la herencia, convocándose á junta á todos los interesados para que se pusieran de acuerdo sobre la administración y custodia del caudal:

Resultando que acreditado ante todo en los autos, por mandato del Juzgado, que los interesados en la herencia eran, además de Doña Josefa, D. Joaquín Madrid Noriega, como cesionario de los derechos de D. Telesforo, y D. Nicolás Bernardo Tuñón y Doña Regina Bernardo Estrada y García Argüelles, hija de D. Vicente y Doña María Teresa, se citó y emplazó á estos dos interesados, y personándose Doña Regina promovió artículo de previo y especial pronunciamiento para que se desestimase lo pretendido por Doña Josefa, sobreseyendo en las diligencias, sin perjuicio de la acción que pudiera asistirla para que la ejercitara en la forma conveniente, fundándose, entre otras razones, en que la herencia de D. Nicolás pertenecía en su totalidad á la alegante, como heredera de sus padres, por cuanto Doña Josefa había renunciado las legítimas paterna y materna, según las escrituras matrimoniales referidas, las cuales, aunque adolecieran del vicio de nulidad, serían válidas y eficaces mientras los Tribunales no declarasen otra cosa; é impugnado este artículo por Doña Josefa y por D. Joaquín Madrid, se recibió á prueba, trayéndose á los autos testimonios de las escrituras ya citadas de 19 de Noviembre de 1831, 2 de Febrero y 29 de Marzo de 1833 y 25 de Abril de 1836, y tramitado en dos instancias, dictó auto la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, revocatorio de la resolución del Juzgado, declarando no haber lugar á lo pretendido por Doña Regina Bernardo Estrada, mandando proceder desde luego á la rectificación del inventario y tasación de los bienes fincables de D. Nicolás García Argüelles con intervención de los interesados, teniendo presente para lo primero los reparos que al mismo por aquéllos se hicieran, y verificando lo segundo por peritos que los propios interesados respectivamente nombrasen en la forma ordinaria, no habiendo á su vez tampoco lugar á la intervención de la herencia y convocación de junta solicitada por Doña Josefa García Argüelles, á la cual y á D. Joaquín Madrid, así como á la Doña Regina, se dejaban á salvo los derechos de que se creyeran asistidos:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado de su procedencia, y después de terminado un incidente que promovió Doña Regina con motivo del nombramiento de peritos, se proveyó en 20 de Octubre de 1881 que se pusieran los autos de manifiesto en la Escribanía por término de ocho días, para que de ellos se pudieran enterar los peritos nombrados; y en tal estado quedaron los autos, hasta que en 29 de Marzo de 1884 se personaron Doña Teresa, Doña Eladia, Doña Máxima, D. Graciano, Doña Ino-

cencia y Doña Ernesta García Ciaño y García Argüelles, acreditando el fallecimiento de su madre Doña Josefa y solicitando se emplazara á Doña Elvira y Doña Clara Menéndez Valdés, hijas y herederas de Doña Regina Bernardo Estrada, que también había fallecido; y manifestando además, en un tercer otrosí, que desde la muerte de D. Nicolás García Argüelles, su hija mayor Doña María Teresa y su nieta Doña Regina venían incautadas de todo el caudal hereditario, sin título alguno de administradoras, y habían vendido y enajenado considerables bienes, solicitaron que por el momento y sin perjuicio de promover en forma, el incidente de administración y rendición de cuentas, cuando estuviera hecha la citación y emplazamiento de las hijas de Doña Regina, se previniese á los maridos de las mismas, D. Julio Zabaleta y D. José María Fernández Ladreda, al propio tiempo que se les emplazaba, que se abstuvieran de enajenar más bienes, pena de nulidad; mandando que esta prevención se anotase en los Registros de la propiedad de Oviedo y Laviana:

Resultando que acordado de conformidad con lo pedido, comparecieron en los autos las susodichas hijas de Doña Regina, asistidas de sus respectivos maridos, y habiendo insistido los hermanos García Ciaño en las pretensiones que tenían deducidas, se sustanció el incidente con oposición de Zabaleta y Ladreda, recayendo, por último, un auto de la susodicha Sala de lo civil, de 27 de Enero de 1886, declarando que no había lugar á la administración bajo fianza del caudal perteneciente á la herencia de D. Nicolás García Argüelles á la rendición de cuentas, ni á la anotación preventiva de enajenar, y que se estuviera á lo mandado en los autos de 28 de Mayo de 1851 y 27 de Enero de 1880 respecto á los derechos que fueron reservados á los interesados y que podían utilizar en la forma que creyeran convenirles; en atención, entre otras consideraciones, á que el fundamento de los autos ejecutorios de 1851 y 1880 no había sido otro que la escritura de capitulaciones matrimoniales de 19 de Noviembre de 1831, por la que D. Nicolás había separado de los derechos á su herencia á sus dos hijas Doña Josefa y Doña Martina, y las de capitulaciones y carta de pago de 2 de Febrero y 29 de Mayo de 1833 y 25 de Abril de 1836, aceptando lo acordado en la primera, y por lo tanto, mientras no se discutiera y resolviera la eficacia y alcance del referido documento, no podía hacerse alteración alguna en la situación actual de los respectivos litigantes, ni era posible poner limitaciones al derecho de los descendientes de Doña María Teresa García Argüelles, que venían poseyendo los bienes apoyados en un título contra el que nada se había pedido directamente por los interesados:

Resultando que en consecuencia de la anterior resolución dedujo Don Joaquín Madrid en unión de los hermanos García Ciaño, con testimonio de la escritura de transacción de 28 de Septiembre de 1840, referida al principio, la demanda actual en forma de incidente, pidiendo se declarase nula y sin ningún valor ni efecto la escritura de capitulaciones matrimoniales de 19 de Noviembre de 1831, así como la de 2 de Febrero de 1833 y la carta de pago de 25 de Abril de 1836, mandando, como consecuencia de esta nulidad ó nulidades, que los bienes hereditarios se pusieran en administración bajo fianza, y que Doña Elvira y Doña Clara Menéndez Valdés, hijas de Doña Regina, rindieran cuentas de sus productos desde 1848; y en su apoyo alegaron, después de hacer relación de todos los antecedentes que se han referido, que la nulidad de la escritura de 1831 procedía, porque donde había varios hijos no podía ser heredero uno solo de ellos, privando á los demás de la porción legítima que las leyes les asignaba, pues si Doña María Teresa no había resultado heredera única de su padre D. Nicolás, á lo menos había sido mejorada considerablemente por razón de casamento contra la prohibición expresa de la ley; que además dicha

escritura matrimonial se había otorgado con condiciones resolutorias contrarias á derecho, que no se habían cumplido, siendo tanto menos válida cuanto que se había querido obligar en ella á las hijas que no intervinieron en su otorgamiento y siendo una de ellas menor de edad; y que, por último, no siendo nula, resultaba revocada ó modificada por la de transacción de 28 de Septiembre de 1840:

Resultando que promovido y resuelto un incidente sobre admisión de dicha demanda en la forma en que había sido propuesta, en el sentido de que sin necesidad de formularla de nuevo se emplazara á los demandados por término de nueve días y la contestaran en el de veinte, se practicó así, y la impugnaron en tiempo y forma D. Julio Zabaleta y D. José Fernández Ladreda, en representación de sus respectivas esposas, alegando que por más que se había intentado dividir la herencia de D. Nicolás García Argüelles, nunca había sido posible conseguirlo, porque Doña María Teresa se opuso á ello y solicitó y obtuvo que se le confiriera la posesión de los bienes hereditarios, en razón á que ostentaba un título por el que sus padres le habían mandado y prometido todo cuanto tenían, y sólo así se explicaban los autos de 4 de Mayo de 1850 y 28 de igual mes de 1851; que negaban en absoluto que la escritura de 28 de Septiembre de 1840 hubiese revocado ni modificado la de 19 de Noviembre de 1831, pues bastaba leerla para convencerse de que no se refería á los derechos que eran objeto del presente juicio, sino que había versado únicamente sobre el cumplimiento de la misma de 1831, en la parte relativa á los alimentos; quedando fuera de la transacción todo lo demás que comprendía, y muy especialmente lo relativo á los derechos que habían de hacerse efectivos después de la muerte de D. Nicolás; que no podía sostenerse que los padres privaran á sus hijos de sus legítimas, si se las entregaban anticipadamente por vía de dote ó en cualquiera otro concepto, por lo que, cuando se convenía en que habían de quedar satisfechas con lo que recibieran por virtud de un contrato de capitulaciones matrimoniales, era necesario que justificasen que les correspondían más por sus derechos hereditarios para que prosperase la acción dirigida á impedir que éstos se menoscabasen; que en tanto no se acreditase la afirmación de que Doña María Teresa había sido mejorada considerablemente, por razón de casamiento, no podía surtir ningún efecto la acción ejercitada, incumbiendo á los demandantes la prueba; que, aparte de otras razones, sería menester que se probase que Doña Josefa y Doña Martina habían recibido menos de lo que les correspondía por sus legítimas y que no resultase que se había realizado la entrega de la dote; que por más que dichas dos hermanas no hubiesen intervenido en la escritura de 1831, las dotes se constituyeron de acuerdo y conformidad con lo en ella estipulado y refiriéndose expresamente á la misma, por lo que en realidad la consintieron; y que, por último, aun cuando la escritura de 1831 fuese nula, había transcurrido el tiempo señalado por la ley para pedir la nulidad; pues bien fuera esta acción personal ó bien mixta, había prescrito, con arreglo á la ley 63 de Toro y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y con este escrito se acompañaron copias simples de las escrituras que se dejan también referidas de 31 de Mayo de 1832, 3 de Octubre de 1838 y 4 de Abril de 1839:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron ambas partes sus respectivas pretensiones y alegaciones, y recibido el pleito á prueba se limitaron las practicadas al cotejo y compulsa de algunas de las escrituras referidas:

Resultando que en 29 de Diciembre de 1889 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo sentencia confirmatoria, con las costas, de la apelación, declarando no haber lugar á la nulidad de la escritura matrimonial de Doña María Teresa García Argüelles, otorgada en 19 de Noviembre de

1831, de la de Doña Josefa García Argüelles, de 20 de Febrero de 1833, y de la carta de pago dotal de D. Benito García Ciaño, firmada en 25 de Abril de 1636, y absolviendo, en su virtud, de la demanda á Doña Elvira y Doña Clara Menéndez Valdés, representadas por sus maridos D. Julio Zabaleta y D. José María Fernández Ladreda; siendo improcedente la rendición de cuentas de los bienes hereditarios, así como también el nombrar administradores para ellos; sin hacer especial condenación de costas de la primera instancia:

Resultando que, con el depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes, interpusieron D. Joaquín Madrid Noriega, Doña Ernesta, D. Graciano, Doña Inocencia, Doña Eladia y Doña Máxima Ciaño García Argüelles recurso de casación por infracción de ley, comprendido en los casos 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

1.º El conocido principio de que la interpelación judicial interrumpe la prescripción, y la doctrina consignada en el art. 161 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en las sentencias de este Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1866 y 6 de Febrero de 1869, conforme á la que es de naturaleza del juicio universal atraer á sí todas las cuestiones suscitadas ó las que se susciten acerca de los bienes comprendidos en aquél, por cuanto con arreglo á estas doctrinas, y teniendo en cuenta que el juicio de testamentaría de que aquí se trata fué incoado inmediatamente después de morir el testador, no ha podido la Audiencia de Oviedo juzgar la demanda de los recurrentes como cuestión nueva é independiente, ni aceptar, por tanto, respecto á ella, la excepción de prescripción:

2.º La ley 2.ª, tít. 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, confirmada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 22 de Febrero de 1858, en cuanto declara imprescriptibles las acciones concedidas á los herederos para pedir la división de la herencia, á cuya clase pertenece, sin duda alguna, la ejercitada en este pleito por los recurrentes, toda vez que en ella no persiguen otra cosa que la división de los bienes relictos por fallecimiento de D. Nicolás García Argüelles:

3.º El principio de derecho con arreglo al cual lo convenido en un contrato no puede perjudicar á los que no han intervenido en su otorgamiento, en el concepto de que es un hecho demostrado y aceptado por todos que las hermanas Doña Rita y Doña Martina García Argüelles no asintieron expresa ni tácitamente á lo establecido en las capitulaciones matrimoniales de 1831, y como éstas constituyen el único fundamento que sirve de base á la Sala para aceptar la prescripción, resultan evidentes el error cometido y la infracción de doctrina citados:

4.º La ley 1.ª, tít. 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, rectamente interpretadas por las sentencias de este Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1877 y 5 de Octubre de 1882, por cuanto la Sala reconoce en los demandados el dominio de los bienes litigiosos, fundándose para ello en la prescripción, siendo así que, conforme dicha ley, el poseedor en nombre de otro, en cuyo caso se encuentran aquéllos, no prescribe la cosa:

5.º Al sostener el Tribunal sentenciador que el tiempo durante el cual permaneció en suspenso la testamentaría de Argüelles es bastante para estimar prescrita la acción de los recurrentes, la doctrina de que la prescripción no corre en asuntos pendientes, consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1885, y la regla 32, tít. 34, Partida 7.ª, y las leyes 13 y 19, tít. 22 de la Partida 3.ª, que establece la autoridad de la cosa juzgada, cuyo calificativo merece la declaración de *no haber lugar á sobreseer*, hecha por la misma Audiencia de Oviedo en el auto de 27 de Enero de 1880:

6.° La sentencia de 28 de Septiembre de 1840, y la ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, que da el valor de prueba plena á los documentos públicos y solemnes, por cuanto revocándose en aquélla lo convenido en la de 1831, la Sala sentenciadora no lo estima así y declara su fallo lo contrario:

7.° La ley 1.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, y las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1865, 24 de Septiembre de 1875 y 26 de Marzo de 1883, con arreglo á las cuales son nulas las renuncias hechas por los hijos de sus legítimas en vida de sus padres; pues como la escritura tantas veces citada contiene no sólo renuncia de dichos derechos sino también privación de los mismos, es indiscutible la nulidad que los recurrentes reclaman:

8.° La ley 6.ª, tít. 3.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, en cuanto dispone «que ninguno puede dar ni prometer por vía de dote y casamento de una hija, tercio ni quinto de sus bienes»; disposición tanto más aplicable al caso actual, cuanto que D. Nicolás Argüelles no se limitó á mejorar á su hija en una parte determinada de sus bienes, sino que se los mandó en totalidad:

Y 9.° Las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 14, Partida 3.ª, conforme á las cuales á Ladreda y Zabaleta correspondía demostrar las deducciones que debía sufrir el caudal testamentario, y si éstas eran ó no susceptibles de reducir las legítimas á una suma inferior de 44.000 reales, teniendo los recurrentes necesidad de justificar tan sólo la importancia del capital dejado por fallecimiento de Argüelles, cosa que han realizado cumplidamente, según se reconoce en el fallo recurrido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que las leyes que regulan las legítimas son de derecho público superior á toda convención, y por lo mismo ni los padres están facultados para reducir ó gravar las porciones legitimarias de los hijos, ni éstos pueden renunciarlas válidamente en vida de aquéllos:

Considerando que, según la ley 6.ª, tít. 3.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, ninguno puede dar ni prometer por vía de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, no entendiéndose ser dicha hija mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos:

Considerando que de lo expuesto se deduce que fué nula de derecho y carece de toda eficacia con respecto á Doña Josefa, Doña Rita y Doña Martina García Argüelles y Bernaldo de Quirós la escritura de capitulaciones que otorgaron sus padres en 19 de Noviembre de 1831 con motivo del matrimonio concertado entre la hermana mayor de ellas Doña María Teresa y D. Vicente Bernardo de Estrada, en cuanto establecieron en favor de éstos una especie de heredamiento universal, reduciendo los derechos legitimarios de sus otras hijas, que para nada intervinieron en aquel contrato, á la suma de 4.000 ducados, que, previa renuncia de esos mismos derechos y no en otra forma, debía entregarse á cada una por vía de dote cuando tomasen estado, y que de igual modo fué nula y no puede surtir efecto legal la renuncia hecha por Doña Josefa en las escrituras de 2 de Febrero de 1833 y 25 de Abril de 1836, en las que, mediante la promesa y entrega de su respectiva dote, se dió por pagada y satisfecha de sus legítimas paterna y materna, renunciándolas á favor de su expresada hermana Doña María Teresa y del marido de ésta, D. Vicente:

Considerando, á mayor abundamiento, que la escritura de capitulaciones matrimoniales de 19 de Noviembre de 1831 no podría ser nunca fuente de derecho para los demandados en el pleito que ha dado origen al presente recurso, toda vez que es un hecho evidente, desconocido ó mal apreciado en la sentencia, que dicha escritura fué modificada en su parte más sustancial por la de transacción de 28 de Septiembre de 1840, por virtud de la cual, y mediante ciertas concesiones que alteraban lo capitulado anterior-

mente, se pactó de un modo expreso *que la propiedad de los bienes todos,* que por la primera escritura debía ser para la Doña María Teresa García Argüelles y su marido, quedaría á favor de su padre D. Nicolás:

Considerando que, según se ha declarado por auto firme, la demanda de que se trata es un incidente del juicio de testamentaría del citado Don Nicolás García Argüelles, que se previno á su definición y se halla aún pendiente, siendo el fin que en dicha demanda se persigue el obtener la división conforme á derecho del caudal hereditario; y que en tal concepto, no puede estimarse prescrita, como declara la sentencia recurrida, la acción ejercitada por los demandantes, ya por el axioma jurídico de que el poseedor de la herencia indivisa se entiende que posee en nombre de los demás coherederos ó partícipes, por lo que no *se puede defender por tiempo,* según consigna la ley 2.ª, tít. 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, ya también por ser igualmente inconcusa que la interpelación judicial interrumpe la prescripción que nunca corre en los asuntos pendientes, como no corrió y quedó en este caso interrumpida desde que en la prevención del juicio universal quedaron planteadas, para ser resueltas en su tiempo y lugar oportunos, todas las acciones referentes al inventario, tasación y división del caudal relicto:

Considerando, por lo tanto, que la sentencia reclamada, al declarar no haber lugar á la nulidad de las mencionadas escrituras de 19 de Noviembre de 1831, 2 de Febrero de 1833 y 21 de Abril de 1836, infringe en los conceptos expresados las leyes y doctrinas legales invocadas en los motivos 1.º, 2.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Joaquín Madrid Noriega, Doña Ernesta, D. Graciano, Doña Inocencia, Doña Eladia y Doña Máxima Ciaño y García Argüelles, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 20 de Diciembre de 1889 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo; y devuélvase á los recurrentes el depósito de 1.000 pesetas que han constituído.—(Sentencia publicada el 6 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Mayo del mismo año.)

64

Recurso de casación en asunto de Ultramar (6 de Marzo de 1891). —Sala primera.—*Pago indebido.*—Ha lugar al interpuesto por D. Leopoldo Lauge en pleito con D. Enrique Agüero y otro (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que la facultad que el art. 1477 de la ley de Enjuiciamiento civil reserva á las partes para promover juicio ordinario contra las sentencias dictadas en los ejecutivos, la limita al sólo objeto de que puedan discutir de nuevo y con plenitud de solemnidades sobre la misma cuestión, *por cuya razón no cabe referirla más que á la de fondo, ó sea á si era cierto el crédito que sirvió de base á la ejecución, y por lo mismo era realmente debido; pero de ningún modo á que en este segundo juicio vuelvan á ventilarse los defectos que pudiera tener el título ni las faltas del primer procedimiento, que ya debieron ser discutidos y resueltos en él ó en el recurso de casación en la forma.*

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Marzo de 1891, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Jesús María de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, por demanda de D. Enrique Agüero, como curador *ad litem* de Doña María de la Caridad Suárez Argu-

dín y del Valle, vecina de Sevilla, dedicada á las labores de su sexo, menor de edad al entablarse aquélla, y que luego ha continuado el pleito por sí, contra el esposo de la misma D. José Carlés y Ruíz de Lira, de la propia vecindad, Teniente Coronel del Ejército que se allanó á la demanda, y D. Leopoldo Lauge y Santo Domingo, hacendado, vecino de dicha ciudad de la Habana, sobre que se declare mal pagado cierto crédito que Lauge reclamó de la demandante en juicio ejecutivo y otros extremos; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el D. Leopoldo Lauge, representado por el Procurador Don Ildefonso Gutiérrez Illana y defendido por el Licenciado D. Rafael M. de Labra, habiéndolo estado la Doña María y su esposo Carlés por el Procurador D. Manuel Montero y Casal y el Letrado D. José Canalejas:

Resultando que en 1.º de Marzo de 1886 D. Enrique Agüero, como curador *ad litem* de Doña María de la Caridad Suárez Argudín, entabló demanda, que correspondió al Juzgado de primera instancia del distrito de Jesús María de la Habana, contra D. Leopoldo Lauge y D. José Carlés, esposo éste de la Doña María de la Caridad, en la que ejercitando acción personal, solicitó se declarase nulo el reconocimiento hecho por el último de una deuda en juicio ejecutivo seguido en el Juzgado del distrito de Guadalupe ante el Escribano D. Arturo Galletti, contra la mencionada Doña María de la Caridad y sus hermanos, y, como consecuencia de esta nulidad, se declarase también mal pagado el crédito reclamado en dicho juicio por Lauge y sin efecto los remates en él verificados, para lo cual alegó: que Lauge presentó á Carlés una cuenta según la que la esposa de éste, Doña María de la Caridad, en unión de dos hermanos suyos, adeudaba más de 100.000 pesos en oro, cuya cuenta aprobó Carlés con el carácter de marido de la Doña María, y fué presentada en juicio para que aquél la reconociese, según así lo verificó, entablando Lauge, en virtud del expresado reconocimiento, demanda ejecutiva contra la Doña María y sus dos hermanos, mediante reconocimiento hecho también por el curador de éstos, siendo despachada ejecución á la que no se opuso Carlés, y recayendo sentencia de remate, de la que no apeló: que en el indicado juicio no fué representada Doña María de la Caridad, á pesar de ser menor de edad y de tratarse de sus parafernales, de los que no había dado ni podía dar á su marido la administración, y fueron rematados el ingenio Nueva Teresa y potreros San Pedro y Encrucijada, situados en el término municipal de Cabañas, la casa quinta, núm. 522 de la Calzada del Cerro, en la Habana, y otra en San Diego, pertenecientes á la clase de parafernales por haberlos heredado aquélla de su legítima madre, según constaba de los autos de concurso de D. José Suárez Argudín, pendientes en la Escribanía de D. Arturo Galletti; que nadie puede ser privado de sus bienes sin habérsele antes oído y vencido en juicio, y los pertenecientes á mujer casada, no teniendo el carácter de dotales, son necesariamente parafernales, cuya administración no corresponde al marido sino en el caso de haberle autorizado al efecto expresamente la mujer, según se deduce de la ley 17, tít. 11, Partida 4.ª, y lo tiene declarado este Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre ellas las de 25 de Junio de 1857, 4 de Marzo de 1858, 9 de Enero de 1860, 23 de Mayo de 1864 y 27 de Noviembre de 1865; hasta el punto de expresarse en la citada de 1860, ser insostenible la doctrina de que el marido es el administrador de los bienes de la mujer sin distinción alguna; que la mujer casada menor de edad, y que por consiguiente no ha podido entregar al marido la administración de sus parafernales, no puede comparecer en juicio que afecte á dichos bienes, sino representada por curador *ad hoc*, y que en sentencia de 28 de Abril de 1876 se establecía: primero, que si bien contra las de remate en los juicios ejecutivos no se da el recurso de casación, en el fondo, se concedía por la ley de reforma de

la casación, como se hizo antes en la de Enjuiciamiento civil, el de forma, si se hubiere faltado á las solemnidades esenciales del procedimiento, señaladas en el art. 1013 de dicha ley de Enjuiciamiento (se refiere á la de 1855), y luego en el 5.º de la de reforma citada, único medio de obtener la nulidad de las actuaciones y de la sentencia; y segundo, que las ya dichas de remate no producían excepción de cosa juzgada, según el artículo 972 de la enunciada ley de Enjuiciamiento, concediendo dicho artículo derecho, lo mismo al actor que al demandado, para promover el juicio ordinario sobre la cuestión de fondo, pudiendo obtenerse, si procedía la declaración (así dice) de lo pagado y las costas y perjuicios que hayan podido ocasionarse, sin necesidad de utilizar acción alguna de nulidad no autorizada por la ley reguladora de los procedimientos civiles:

Resultando que, á petición de la mencionada parte actora, con referencia á los actos de concurso de D. José Antonio Suárez Argudín, y á los de juicio ejecutivo promovidos por D. Leopoldo Lauge contra los hijos y herederos de Doña Francisca del Valle é Izuaga, se expidieron en virtud de exhorto por D. Arturo Galletti, Escribano de actuaciones del extinguido Juzgado de Guadalupe, testimonio fechas 10 de Abril y 20 de Mayo de 1886, de los cuales, entre otros particulares, aparece que en los enunciados actos de concurso dictó uno de fecha 16 de Octubre de 1879 el referido Juzgado aprobando el acuerdo tomado por los acreedores el 12 de Septiembre del mismo año, por el cual se adjudicaron á los menores Doña María de la Caridad, D. José Antonio y Doña Maria de la Concepción, hijos de Doña Francisca del Valle é Izuaga, esposa del concursado, por importe de bienes parafernales de la misma, el ingenio Nueva Teresa, los potreros San Pedro y Encrucijada, una casa en la Calzada del Cerro números 522 de la Habana, otra en San Diego de los Baños conocida por el Hotel Quintana, y varios bienes más; y que en los precitados autos ejecutivos seguidos en reclamación del cobro de 105.224 pesos 69 centavos, se presentó como título para la ejecución una cuenta corriente, al pie de la cual firmó su conformidad con la misma, como marido de la Doña María de la Caridad Suárez Argudín, D. José Carlés, quien en 11 de Marzo de 1884 manifestó que la enunciada firma, que expresaba su nombre y apellido, era de su puño y letra, uso y costumbre, y la puso en el conforme de aquella cuenta en el expresado concepto; habiéndose traído también á los autos, mediante el oportuno suplicatorio, asimismo á solicitud de la parte actora, una certificación librada por el Escribano de Cámara de la Audiencia de la Habana D. Ramón Paniaga, en 7 de Mayo de 1886, comprensiva de la indicada cuenta entre los herederos de Doña Francisca del Valle é Izuaga y D. Leopoldo Lauge, que obraba en cierta causa contra éste por denuncia de D. José Carlés, por estafa, fechada en 13 de Noviembre de 1883, importante la ya mencionada suma de 105.224 pesos 69 centavos, á cuyo pie se halla la nota de conformidad suscrita por Carlés, de que queda hecha indicación; apareciendo igualmente suscrita su conformidad por el Licenciado D. José Luna y Parra, curador de los menores D. José Antonio y Doña María de la Concepción Suárez Argudín:

Resultando que conferido traslado de la demanda á los antedichos demandados, Carlés se allanó á ella, impugnándola D. Leopoldo Lauge, con la pretensión de que se le absolviese de la misma é impusieran las costas á la parte demandante, exponiendo al efecto: que el Licenciado D. José de Luna y Parra, curador *ad bona* de Doña María de la Caridad, Doña María de la Concepción y D. José Antonio Suárez Argudín, recibió de Lauge algunas cantidades en préstamo para atender á la administración y conservación de los bienes de dichos menores, alcanzando en un balance hecho en 31 de Diciembre de 1883 el saldo á su favor de 105.224 pesos 69 centavos oro; que en 20 de Febrero de 1884 presentó el enunciado curador al

Juzgado de primera instancia del distrito de Guadalupe, de la Habana, en los autos de jurisdicción voluntaria promovidos por aquél para recibir los bienes de los expresados menores y rendición de cuentas, la correspondiente á los meses de Julio á Diciembre del indicado año 83, y también el balance enunciado, así como el 19 del propio mes de Julio lo había verificado de las referentes á los de Enero á Junio del repetido año 83, manifestando su conformidad con todo ello D. Rafael Apodaca, curador *ad litem* de los citados menores, y siendo aprobados los balances y cuentas mencionados por el Juez de primera instancia en 26 de Julio de 1883 y 1.º de Marzo de 1884 respectivamente; que en 29 de Febrero del mismo año 84, con una copia de las predichas cuentas, para obviar demora y gastos en la compulsa ó certificación de las obrantes en los autos de su referencia, la cual tenía al pie el conforme de D. José de Luna y Parra, como curador *ad bona* de D. José Antonio y Doña María de la Concepción y de D. José Carlés, como marido de Doña María de la Caridad, entabló Lauge demanda ejecutiva contra la sucesión de Doña Francisca del Valle, en reclamación del expresado alcance; refiriéndose aquél conforme á la exactitud del traslado, sin importar el reconocimiento de la deuda, según decía la parte actora, pues tal reconocimiento era innecesario después de estar confesada por el mismo Luna, con su carácter de curador *ad bona*, aceptada como buena por el *ad litem* Ruiz de Apodaca, y aprobada solemnemente por el Juzgado de Guadalupe, hallándose legalmente representada en aquellos autos ejecutivos Doña María de la Caridad por su marido; que los curadores deben atender á los menores puestos bajo su guarda, siendo válidas las obligaciones que contraen á nombre de éstos, según las leyes del tít. 16 de la 6.ª Partida; y conforme establecen las Recopiladas y la moderna de matrimonio civil, el marido es el único representante de su esposa en juicio y fuera de él; que aun estimando referirse el conforme puesto por Carlés al reconocimiento de la deuda á favor de Lauge, sería improcedente la demanda, por no importar aquel hecho un acto de administración de bienes parafernales, habiendo de depender su validez de la capacidad del marido para obligar á la esposa, pues son cosas independientes esta capacidad y la condición de las propiedades en que puede hacerse efectivo un crédito; que no hay nulidad de juicios ejecutivos, prescribiéndolo así la sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1876, la cual era extraño invocase á su favor la parte demandante sin fijarse en los términos de ella, no obstante transcribirlos, según los que el juicio ordinario había de versar sobre la cuestión de fondo sin necesidad de utilizar acción alguna de nulidad, no concedida en la ley de Enjuiciamiento, única reguladora de los procedimientos civiles, y la demanda iba directamente contra el art. 972 de la de 1855, cuyo precepto se contenía en el 1477 de la de 3 de Febrero de 1881, conforme á cuyos preceptos y á la sentencia antes invocada sólo podía tratarse en el caso de autos acerca de la certeza de la deuda contraída por el curador Luna á favor de Lauge; que la menor Doña María de la Caridad no podía legalmente desconocer los actos realizados por su curador *ad bona* y aprobados por el que lo era *ad litem*, dirigiéndose contra terceras personas, sino que necesitaba invalidar esos actos venciendo, antes que á nadie, á sus guardadores; que la parte actora debía ser condenada en costas como temeraria; y que por tanto Lauge oponía á la demanda la excepción de *sine actione agis:*

Resultando que el predicho demandado Lauge acompañó á su contestación una copia, autorizada por su Procurador, de la cuenta corriente con repetición aludida, y mediante no tener á su disposición los demás documentos fundamento de sus alegaciones, por ser lugares de los autos indicados en que no era parte, pidió se librara exhorto al Juzgado de Guadalupe para que el Escribano Galletti expidiera testimonio de los extremos

de que hizo mérito, como así lo verificó, siendo expresivo de que: en 5 de Octubre de 1880, el Licenciado D. José Luna y Parra, con motivo de habérsele discernido el cargo de tutor y curador *ad bona* de los menores hijos de D. José Antonio Suárez Argudín, promovió las diligencias necesarias para recibir los bienes de aquéllos; en 9 de Mayo de 1882 el Juzgado de Guadalupe, en diligencias promovidas al efecto, discernió á D. Rafael Ruiz de Apodaca el cargo de curador para pleitos de los propios menores Doña María de la Caridad, D. José Antonio y Doña María de la Concepción Suárez Argudín y del Valle, para representarlos y defenderlos en todo cuanto no lo pudiere verificar el expresado tutor y curador *ad bona* Luna; por medio de escrito, fecha 26 de Julio de 1883, formulado en las indicadas diligencias sobre entrega de bienes y rendición de cuentas, Ruiz de Apodaca, en su enunciado concepto de curador para pleitos de dichos menores, hizo presente haberse instruído de las rendidas por D. Leopoldo Lauge, como apoderado del Luna, curador *ad bona* de los repetidos menores, y de los comprobantes de aquéllas, no teniendo reparo que oponer á su aprobación, la que estimó el Juzgado en auto de la misma fecha; en 20 de Febrero de 1884 el curador *ad bona* Luna presentó en las copias diligencias escrito acompañando las cuentas correspondientes á los meses de Julio á Diciembre del año anterior, y un balance de comprobación, solicitando se instruyera de ello al curador *ad litem* Ruiz de Apodaca y á Don José Carlés, que había contraído matrimonio con una de las menores; exponiendo dicho Ruiz de Apodaca, en 28 de los propios mes y año, no tener tampoco que oponer reparo alguno, por lo cual fueron también aprobadas, en auto de 1.º de Marzo siguiente, notificado el mismo día á Ruiz de Apodaca, referirse estas últimas cuentas al período comprendido desde 1.º de Julio á 31 de Diciembre de 1883; y finalmente haber renunciado Luna y Parra el cargo de curador de los menores D. José Antonio y Doña María de la Concepción Suárez Argudín y del Valle, en 2 de Junio de 1884, siéndole admitida la renuncia el mismo día:

Resultando que la parte actora, al replicar, reprodujo los hechos y fundamentos de derecho de la demanda, manifestando además, entre otras alegaciones: que como aun estaba en tiempo de ampliar, corregir ó modificar aquélla, consignaba, de la manera más explícita, que pedía se declarase mal pagado el crédito, por el cual Lauge entabló el juicio ejecutivo en el Juzgado de primera instancia del distrito de Guadalupe, Escribanía de Galletti, por ser ineficaz el título en que se fundó; y al solicitar esta declaración no había de conformarse con que el Juzgado se detuviera en ella, sino que de tal premisa habían de sacarse sus legítimas consecuencias, tales como la nulidad de los remates celebrados; pero no se pedía la declaración de la del juicio ejecutivo, ni de ninguno de sus trámites, y por ello citó en la demanda la sentencia de este Tribunal Supremo que consignaba no proceder estas declaraciones en el ordinario, viniendo Lauge á reproducir igualmente, á su vez, en la dúplica lo alegado en la contestación, que amplió con varias consideraciones:

Resultando que, recibidos los autos á prueba, la parte demandante dió por reproducido para ella el mérito favorable de los mismos autos, á los que se trajo además, á instancia de aquélla, otro testimonio expedido por el Escribano D. Arturo Galletti, con referencia al tan reiteradamente aludido juicio ejecutivo, haciendo constar que en él no fué representada Doña María de la Caridad por curador alguno y sí por su consorte D. José Carlés; testimonio que se adicionó á solicitud del demandado Lauge, con el particular de que Carlés compareció en aquél, en 9 de Julio de 1884, como curador de los menores Doña María de la Concepción y D. José Antonio Suárez Argudín, y como esposo legítimo de Doña María de la Caridad, empezando en la indicada fecha á intervenir en el mismo con dichos caracte-

res; y para la prueba del propio Lauge se cotejó con citación el testimonio ya mencionado expedido por el Escribano Galletti á virtud de la petición sobre ello formulada en el escrito de contestación:

Resultando que corridos los traslados de conclusiones, el Juzgado dictó sentencia que, en grado de apelación utilizado por Lauge, confirmó con las costas de la alzada la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, por la que pronunció en 3 de Febrero del año último, declarando con lugar la demanda, y en su virtud mal pagado lo que hubiese cobrado Don Leopoldo Lauge á consecuencia de los autos ejecutivos que contra D. José Carlés, como legítimo consorte de Doña María de la Caridad Suárez Argudín, siguió en el Juzgado de Guadalupe por ante el Escribano D. Arturo Galletti en cobro de pesos en cuanto á dicha menor se refería; inválido é ineficaz el título en que se fundó esa ejecución en cuanto al reconocimiento de Carlés como legítimo consorte de la expresada menor, y, en su consecuencia, sin efecto los remates verificados en aquel juicio, en cuanto á los bienes de la misma menor, sin hacer expresa condena de costas de primera instancia:

Resultando que acreditando con el resguardo correspondiente la constitución del depósito de 2.500 pesetas, é invocando los párrafos primero y séptimo del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, ha interpuesto D. Leopoldo Lauge recurso de casación, por haberse infringido:

1.º El art. 1477 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, interpretado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en fallos como el de 28 de Abril de 1876; por cuanto la Sala sentenciadora había estimado la discusión y resolución en juicio declarativo, así del carácter del título con que Lauge instó la ejecución, como de la procedencia de la vía ejecutiva y de la validez de los actos realizados y las resoluciones tomadas en ella; siendo así que después de ésta sólo era lícito discutir la exactitud de la deuda reclamada, ó sea el fondo de la cuestión ventilada en el juicio ejecutivo:

2.º El art. 45 de la ley de Matrimonio civil, en relación con la antigua legislación y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, demostrada en fallos como el de 24 de Diciembre de 1868 y otros, por haber la Sala sentenciadora negado validez á los actos realizados por el marido en nombre de su esposa, y excusado la responsabilidad de ésta, ya en el reconocimiento que Carlés hizo, por medio de un *conforme,* de la exactitud de la copia de la cuenta de Lauge y los menores Suárez Argudín, ya en el reconocimiento de la firma de Carlés, que bastó para determinar la ejecución, ya en todo cuanto Carlés hizo, siempre como marido de Doña María de la Caridad, durante la sustanciación del juicio ejecutivo:

3.º El art. 595, párrafos primero, segundo y cuarto de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que la sentencia recurrida negaba el valor y eficacia en juicio á documentos tan caracterizados como las dos certificaciones suscritas por los Escribanos Galletti y Barinaga, que patentizaban la verdad de la deuda de los menores Suárez Argudín, cuyo cobro persiguió Lauge:

4.º La ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, y la doctrina constante de este Tribunal Supremo, entre otros fallos, en los de 16 de Octubre de 1863, 23 de Diciembre de 1882 y 13 de Noviembre de 1884, sobre el valor de los documentos públicos y la necesidad de atenerse el juzgador á lo que en ellos se consigna, y del modo que se consigna en ellos; infracción cometida al prescindir totalmente la Sala sentenciadora de lo consignado en aquellas certificaciones, que demuestran, no sólo la existencia del crédito de Lauge, sino que éste es el mismo reclamado en la vía ejecutiva y recordado y pretendido en el juicio declarativo actual, refiriéndose esta infracción más

principalmente al error de derecho en la apreciación de la prueba documental:

5.º Las mismas leyes y doctrinas señaladas en el motivo anterior se habían infringido por la Sala sentenciadora al estimar que el *conforme* puesto por Carlés en la cuenta y el reconocimiento que éste hizo de su firma, y que determinó la ejecución, constituyeron un reconocimiento de la deuda de la menor, siendo así que la deuda ya estaba reconocida por persona más competente, limitándose tan sólo Carlés á garantizar, en representación de su esposa, la exactitud de la copia producida en juicio; infracción que, bajo otro punto de vista, constituía un error de hecho de la Sala sentenciadora, que daba al acto de Carlés un sentido y un alcance que no tenía y que no se desprendía del hecho mismo;

Y 6.º El citado error de hecho que evidentemente se prueba por la mera lectura del *conforme* puesto por Carlés en la copia de la cuenta, y por el texto literal de la diligencia de reconocimiento de la firma tal como consta de las certificaciones de los Escribanos ya mencionados.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida infringe el art. 1477 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, que se invoca en el primer motivo, al dar lugar á la demanda origen del pleito, porque la facultad para promover juicio ordinario reserva á las partes el mencionado artículo contra las sentencias dictadas en los ejecutivos, la limita al solo objeto de que puedan discutir de nuevo y con plenitud de solemnidades *sobre la misma cuestión,* por cuya razón no cabe referirla más que á la de fondo ó sea á si era cierto el crédito que sirvió de base á la ejecución, y por lo mismo era realmente debido; pero de ningún modo á que en este segundo juicio vuelvan á ventilarse los defectos que pudiera tener el título ni las faltas del primer procedimiento, que ya debieron ser discutidos y resueltos en él ó en el recurso de casación en la forma:

Considerando que, siendo así, carece de objeto el entrar á decidir sobre los demás motivos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Leopoldo Lauge, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 3 de Febrero del año último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana; y devuélvase el depósito constituído por parte de dicho recurrente.—(Sentencia publicada el 6 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Mayo del mismo año.)

65

RECURSO DE CASACIÓN (6 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Preferente derecho á unos bienes.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. R... y otros en pleito con D. J... (Audiencia de...), y se resuelve:

Que según el art. 1729, núm. 9.º de la ley de Enjuiciamiento civil, no habrá lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina, cuando éste se refiera á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido en el núm. 7.º del art. 1692.

Resultando que D. R... y Doña P... y Doña L..., en demanda de 12 de Enero de 1889, solicitaron que se declarase tenían más próximo parentesco que D. J..., Marqués de B..., y otros demandados con D. R..., y por tanto preferente derecho á los bienes del abintestato de este último, indebidamente poseídos por aquéllos, condenándoles á que los entregasen en la parte que cada uno poseyera, con más los frutos y rentas producidos y

debidos producir desde que sin razón ni derecho los reclamaron y les fueron adjudicados, á cuya demanda se opusieron los demandados con la solicitud de que se les declarase con perfecto derecho á la posesión de los bienes relictos al fallecimiento del D. R..., conocido por A..., condenando á la parte actora á perpetuo silencio y en las costas:

Resultando que seguido el pleito por los trámites correspondientes en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de... dictó sentencia de 9 de Mayo de 1890, confirmando la del Juzgado de primera instancia del distrito del..., también de..., por la que se absolvió de la demanda á los demandados, con declaración de ser preferente al de los actores su derecho á la sucesión abintestato de D. R..., siendo uno de los fundamentos de este fallo hallarse justificado que el D. R... era hijo natural de D. J...:

Resultando que contra dicha sentencia han interpuesto los mencionados D. R... y Doña P... y Doña L... recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los números 1.º y 6.º (quiere decir 7.º), del artículo 1692 de la de Enjuiciamiento civil, pues contiene violación é interpretación errónea de ley, y ha habido error de derecho en la apreciación de pruebas, alegando haberse infringido la 1.ª, tít. 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación (11 de Toro), y en relación con ella la doctrina consignada en infinitas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras las de 17 de Abril de 1864, 28 de Junio del mismo año, 18 de Marzo de 1873 y 21 de Mayo de 1877; así como las leyes 9.ª y 18, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la Real orden de 16 de Marzo de 1875, dejando vigente la Pragmática de 1776, en el concepto de no reunir D. R... las condiciones exigidas por tales disposiciones para ser tenido por hijo natural de D. J... y otorgarle este carácter la sentencia recurrida en las declaraciones que hace en su parte dispositiva, puesto que, según la ley primeramente citada, es hijo natural aquél cuyos padres, al tiempo de su concepción ó de su nacimiento, podían casarse sin dispensación con tal que el padre lo reconozca, etc.; y D. J..., aun supuesto diese vida ó enjendrara á D. R..., no podía casarse con Doña J... libremente por necesitar dispensa Real, según la ley de la Novísima Pragmática y Real orden mencionadas; faltando también el reconocimiento del padre, reconocimiento á que se opuso D. J... en pleito ante la jurisdicción de guerra en que no consta la sentencia que recayera, habiendo de prescindirse de este dato y quedando sólo demostrada la intención de aquél, quien más tarde otorgó testamento, cuyas cláusulas eran harto significativas en el particular, porque ni dejaba de nombrar á D. R... por su apellido A..., ni manifestaba su libre voluntad de reconocerle, y si decía acceder á sus deseos, ni le llamaba hijo natural, cuando en la misma disposición daba tal calificativo á otra persona, sin suplir dicho reconocimiento la partida de nacimiento, pues ni el padre la firmó ni constaba siquiera su presencia al acto, circunstancias sin las cuales no bastaba á probar la cualidad de hijo, según la doctrina contenida en las citadas sentencias, y de consiguiente faltaban dos de los requisitos necesarios para la declaración de hijo natural, y caía por su base la contenida en la sentencia por no ser los hijos del D. J... hermanos naturales del D. R..., correspondiendo á los recurrentes preferente derecho á la declaración de herederos y á los bienes del repetido D. R..., como parientes del mismo por línea materna; restando sólo después de esto decir, que ha habido error de derecho en la apreciación de pruebas, porque á pesar de no haberse acreditado la existencia de los requisitos necesarios para la declaración de hijo natural, se ha estimado justificada esta cualidad:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que, según el art. 1729, núm. 9.º de la ley de Enjuicia-

miento civil, no habrá lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina, cuando éste se refiera á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido en el núm. 7.º del art. 1692:

Considerando que el presente recurso en la parte que se dice comprendido en el referido núm. 7.º, no lo está realmente, porque no se cita, como debería hacerse conforme al mismo, ley ó doctrina legal relativa al valor de las pruebas que se suponga infringida para constituir error de derecho, ni se alega error de hecho que resulte de documento ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don R..., Doña P... y Doña L..., en cuanto á la parte del mismo, que se funda en existir error de derecho en la apreciación de pruebas, y se admite en lo demás; y remitidas que sean las correspondientes copias para la publicación de esta resolución en la forma prevenida en la ley, pasen los autos á la Sala primera.—(Auto fecha 6 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 22 del mismo mes y año.)

66

COMPETENCIA (9 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas.*—Se decide en favor del Juez de primera instancia del distrito del Mar de Valencia, la sostenida con el de igual clase de Motilla del Palancar, acerca del conocimiento de la demanda entablada ante el segundo por D. José María Cavero contra D. Manuel Esteve y otro, y se resuelve:

Que con arreglo á lo prescrito en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es competente en primer término en los juicios en que se ejerciten acciones personales el Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato:

Que el lugar donde han de cumplirse las obligaciones emanadas del contrato de comisión de compra de géneros de comercio, es aquél á donde éstos han de ser remitidos, y en el cual se ha de liquidar y recibir el importe de los mismos.

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Marzo de 1891, en la competencia pendiente ante Nos promovida por el Juez de primera instancia del distrito del Mar de Valencia, al de igual clase de Motilla del Palancar, sobre conocimiento de la demanda entablada ante éste por D. José María Cavero contra D. Manuel Esteve y D. Braulio Algarra, en el concepto de la Sociedad mercantil que habían formado titulada Esteve y Algarra, del comercio de Valencia, que ha comparecido en este Supremo Tribunal, representada por el Procurador D. Francisco Morales y defendida por el Doctor D. Miguel Morayta, sobre pago de pesetas:

Resultando que D. José María Cavero, dedujo demanda en 10 de Septiembre de 1890 ante el Juez de primera instancia de Motilla del Palancar, exponiendo que D. Manuel Esteve y D. Braulio Algarra tenían constituída una Sociedad mercantil con la razón social Esteve y Algarra, con domicilio en Valencia; que esta Sociedad encargó al demandante la compra y remisión de vinos en aquella localidad y otros pueblos de la comarca, así como el envase y remisión de ellos, para cuyas operaciones había recibido órdenes á diario por cartas y telegramas; que para el pago de las cantidades de vino que había ido comprando había pedido fondos á sus comitentes, quienes se los habían proporcionado, ordenándole que para su recibo fuese á Valencia ó á Utiel, lo cual le había ocasionado los

gastos que especificaba la cuenta adjunta, en la que se consignaban también las cantidades de vino compradas y remitidas y las partidas de cargo y descargo de su comisión, de la cual resultaba un saldo á su favor de 1.007 pesetas 34 céntimos, sin incluir los gastos de viaje á aquellos pueblos y la correspondencia; que el contrato tenía su cumplimiento en aquella villa, así como las compras y pago de éstas por haber quedado celebrados en la misma y habérsele dado ejecución en ella, según así lo habían entendido los comitentes, á juzgar por las cartas que acompañaba, en que se le ordenaba recogiera justificantes y demandara á uno de los vendedores, y que aquel Juzgado era el competente para conocer del juicio, según todo el articulado que regía el contrato ordinario de mandato y el especial de que aquí se trataba; y haciendo uso de la acción personal que le asistía, pidió que se condenara á los demandados D. Manuel Esteve y Don Braulio Algarra, en el concepto de Sociedad mercantil titulada Esteve y Algarra, á pagar al demandante el saldo que resultaba de la cuenta que acompañaba, y á lo que ascendieran las partidas de gastos de viaje á los pueblos y la correspondencia, con las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Manuel Esteve y D. Braulio Algarra, y librado exhorto al Juez decano de los de Valencia para el emplazamiento, verificado éste solicitaron en aquella ciudad ante el Juez de primera instancia del distrito del Mar de la misma, á quien correspondió por repartimiento, que se requiriera de inhibición al Juez de Motilla del Palancar, y que oído el Ministerio fiscal, el Juez, por auto de 10 de Noviembre de 1890, declaró haber lugar á la inhibitoria, y que se librase el correspondiente oficio al Juez de Motilla, por considerar que se trataba de exigir al comisionista el cumplimiento de obligaciones que suponía en su mandante, las cuales además se habían cumplido con anterioridad y en diversos casos en Valencia; y que aun cuando no se quisiera reconocer en estos hechos la ley de la jurisdicción y de la competencia, siempre resultaría que en aquella ciudad se hallaba domiciliada la Sociedad demandada, y ante los Jueces de la misma debía proponerse la demanda sobre abono de saldo de cuentas de la comisión que era distinta de la comisión misma y de su cumplimiento, sin que existiera razón legal ni jurídica alguna que subordinase aquel abono de cuentas al lugar donde se desempeñó la comisión:

Resultando que el Juez de Motilla del Palancar, después de haber oído al demandante y al Ministerio fiscal, se negó á la inhibición, fundando su competencia en que, establecido por este Supremo Tribunal que el lugar donde debe cumplirse la acción personal es el del punto donde se han prestado los servicios, es evidente que se refiere á la obligación que el comitente ó mandante tiene de satisfacer el pago de los recibidos, porque de entenderse de otro modo vendría á caerse en el absurdo de suponer que el mandatario ó comisionista viene obligado á retribuir sus propios servicios ejecutados por encargo ú orden y en beneficio del mandante:

Y resultando que habiendo insistido el Juez de Valencia en la inhibición, han elevado uno y otro las actuaciones para la resolución de este Supremo Tribunal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que con arreglo á lo prescrito en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es competente en primer término en los juicios en que se ejerciten acciones personales el Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato:

Considerando que en el caso de que se trata el lugar donde debían cumplirse las obligaciones emanadas del contrato de comisión que existía entre D. José María Cavero y la razón social Esteve y Algarra era la ciudad

de Valencia, pues al recibir aquél de dicha razón social el encargo de comprar vinos en Motilla del Palancar y su comarca, era para mandarlos á Valencia, donde iba á liquidar y recibir el importe de los mismos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia del distrito del Mar de Valencia, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez de primera instancia de Motilla del Palancar.—(Sentencia publicada el 9 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 22 del mismo mes y año.)

67

RECURSO DE CASACIÓN (11 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Retroventa.*—Ha lugar al interpuesto por Doña Sabina Martín en pleito con D. Francisco Agero (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que debe darse lugar á una demanda que tiene por objeto hacer efectivo un derecho ejecutoriamente reconocido en otro juicio anterior entre las mismas partes, existiendo, por tanto, entre ambos identidad de cosa, causa y personas; y no haciéndolo así la Sala sentenciadora, infringe la ley 19, tít. 22, Partida 3.ª, relativa al valor de la cosa juzgada.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Béjar y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por Doña Sabina Martín y Martín con Don Francisco Agero y Nieva, vecinos ambos de Béjar, sobre retroventa de unas fincas, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la demandante, y en su defensa y representación el Licenciado D. Santiago Alonso de Villapadierna y el Procurador D. Gabriel de Talavera, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que por escritura pública otorgada en Béjar en 11 de Junio de 1884, Doña Sabina Martín, para pago de dos créditos hipotecarios que contra ella tenía D. Francisco Agero, importantes 5.000 pesetas de capital y 167 de réditos, adjudicó al mismo las fincas hipotecadas en precio de 6.500 pesetas, recibiendo en aquel acto la vendedora del comprador la diferencia de 1.333 pesetas, habiéndose establecido en la cláusula 5.ª que la venta realizada se hacía con el pacto de retro por el plazo de cuatro años, y en la 6.ª que el adquirente Agero no entraba en posesión de las fincas, sino que quedaban arrendadas á su anterior dueña Doña Sabina por 650 pesetas anuales, que serían pagadas por semestres vencidos; pero que en el mero hecho de no satisfacer dos de éstos consecutivos, ó sea un año, quedaría sin efecto dicho plazo de los cuatro años del pacto de retro, entrando Agero en posesión y propiedad de las fincas objeto del mismo, cuya escritura fué inserta en 14 del mismo mes de su otorgamiento; y por nota marginal extendida por el Registrador sustituto, con fecha 20 de Noviembre de 1886, se hizo constar que habiendo transcurrido el plazo del retro convenido en aquella escritura, y que motivó la inscripción anterior, y no constando que la vendedora Doña Sabina Martín y Martín hubiera pagado la renta de ningún semestre al comprador D. Francisco Agero, quedaba inserto el dominio definitivo á favor de éste:

Resultando que en 10 del siguiente mes de Diciembre D. Francisco Agero requirió por acta notarial á Doña Sabina Martín, para que habiéndose consolidado ya en él el dominio definitivo sobre las fincas adquiridas con pacto de retro por la susodicha escritura, según resultaba de la nota

marginal extendida por el Registrador de la propiedad, desalojára las fincas en el término de un mes, á lo que contestó la requerida que reconocía á Agero como tal propietario de las fincas que ella tenía como inquilina y estaba pronta á ponerlas á su disposición en el término fijado; pero no habiéndolo verificado, fué demandada de desahucio, y por sentencia que en 7 de Mayo de 1887 dictó el Juez municipal de Béjar, se estimó dicho desahucio pedido por D. Francisco Agero:

Resultando que Doña Sabina Martín promovió demanda en el Juzgado de primera instancia de Béjar para que se decretara la rescisión de la venta por lesión enormísima y sobre otorgamiento de la escritura de retroventa por no haber vencido el plazo del retro, á que opuso Agero que no existía la lesión que se suponía, y que el plazo para la retrocesión estaba vencido por no haber satisfecho Doña Sabina dos semestres consecutivos de renta, y por sentencia de dicho Juzgado de 5 de Abril de 1888, que se hizo firme, se absolvió á D. Francisco Agero de la demanda por lo que respectaba la rescisión de la venta por lesión enormísima, reservando á la demandante Doña Sabina Martín el derecho que creyera asistirle para que hasta el 11 de Junio de aquel año pudiera ejercitarlo en cuanto á solicitar la retrocesión de las fincas, toda vez que en autos no se había acreditado en forma lo excepcionado en cuanto á este particular por el demandado:

Resultando que en acta notarial levantada en Béjar en 11 de Junio de dicho año 1888 se hizo constar, á instancia de Doña Sabina Martín, por el Notario D. José Sevillano, autorizante también de la escritura de venta con pacto de retro, que aquélla había permanecido en su estudio desde las nueve y media de la mañana hasta las doce con objeto de hacer entrega á D. Francisco Agero del principal y renta de las fincas que éste le había comprado, á fin de que le otorgara la correspondiente escritura de retrocesión, y en el mismo día acudió Doña Sabina Martín con dicha acta al Juzgado de primera instancia susodicho, consignando al mismo tiempo la cantidad de 9.100 pesetas que fueron depositadas, por decreto del Juzgado, en la sucursal de Salamanca, por haberse negado Agero á recibir dicha suma:

Resultando que con los antecedentes que se han referido dedujo Doña Sabina Martín, en 6 de Octubre siguiente, la demanda de este pleito con la solicitud de que se condenase á D. Francisco Agero y Nieva á que recibiera la suma por ella depositada y á que le otorgase la correspondiente escritura de retrocesión de las fincas vendidas con pacto de retro por la escritura de 11 de Junio de 1884, así como á que la indemnizase las rentas producidas y debidas producir por las mismas fincas desde que el demandado se había hecho cargo de ellas; cuya demanda fundó en el cumplimiento, por su parte, de la condición establecida en la escritura de devolver el precio dentro de los cuatro años para poder recuperar el dominio de las fincas vendidas, puesto que cuando por culpa del acreedor no puede el deudor realizar el pago, cumple éste su obligación, lo mismo que el vendedor en el caso de que se trataba, consignando la cantidad ante el Juzgado ó ante Notario:

Resultando que D. Francisco Agero impugnó la demanda, alegando, en cuanto es esencial para el recurso interpuesto: que á él no le incumbía probar que la demandante no le hubiera pagado los dos semestres consecutivos de renta vencidos, pues le bastaba la inscripción definitiva del dominio de las fincas, pero que la misma demandante se había encargado de justificarlo en el hecho de tener que consignar 9.100 pesetas, y que con arreglo á la cláusula 6.ª de la escritura de 11 de Junio de 1884, la duración del retro pendía del pago de las rentas, y por haber dejado de abonar éstas la Doña Sabina durante un año había espirado aquel plazo, y no podía estimarse la retrocesión demandada:

Resultando que en el escrito de réplica insistió la demandante en sus pretensiones, sosteniendo que habiendo excepcionado en el pleito anterior por el mismo demandado Agero el cumplimiento del plazo para la retrocesión de las fincas, según la susodicha cláusula 6.ª de la escritura de venta, y habiéndose declarado en la sentencia de 5 de Abril de 1888, que puso término á dicho pleito, que Agero no había probado aquella excepción, había quedado ya juzgada definitivamente la cuestión que suscitaba de nuevo el demandado á la que oponía la excepción de cosa juzgada, y duplicando D. Francisco Agero, alegó: que la citada sentencia dictada en el pleito anterior no había concedido ni reconocido á Doña Sabina el derecho de retraer, sino que le había reservado el que pudiera asistirle para ejercitar la acción correspondiente al retro sin prejuzgar si tenía ó no tal derecho:

Resultando que el Juez de primera instancia de Béjar dictó sentencia que fué confirmada con las costas por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid en 10 de Marzo de 1890 absolviendo á D. Francisco Agero Nieva de la demanda interpuesta por Doña Sabina Martín, y condenando á ésta á perpetuo silencio, ordenando que luego que la sentencia fuera firme se devolviera á dicho demandante el depósito de 9.100 pesetas que tenía constituído en la sucursal de la Caja de Depósitos de Salamanca:

Resultando que Doña Sabina Martín interpuso recurso de casación por infracción de ley, citando en su apoyo como infringidos:

1.º La ley 19, tít. 22, Partida 3.ª, que dice: que el juicio afinado á tan gran fuerza que dende en adelante son terminados los contendores é sus herederos de estar y pasar por él, así como las sentencias de este Tribunal Supremo de 17 de Marzo de 1873, 12 de Junio de 1869, 14 de Febrero de 1881 y 24 de Octubre de 1888, invocadas en la sentencia recurrida y relativas al valor de las reservas de derecho que se hacen en los fallos, en el concepto de que por la sentencia definitiva y firme dictada en 5 de Abril de 1888 en el pleito anteriormente sostenido entre las mismas partes litigantes, quedó categóricamente resuelto el punto relativo á la retrocesión en el sentido de que no habiendo acreditado el comprador Agero sus excepciones en cuanto á dicho particular, se le reservaba el derecho á la demandante Doña Sabina Martín para que hasta el 11 de Junio de 1888, fecha en que espiraba el plazo de la retrocesión, pudiera ejercitarlo pidiendo tal retrocesión, no siendo por tanto una mera ritualidad, como se aprecia por la Sala sentenciadora, sino una declaración congruente con una de las peticiones formuladas en la demanda; pues así como se absolvió al demandado en cuanto á la rescisión del contrato por lesión enormísima, así también se declaró que no había acreditado lo excepcionado por el número en lo relativo á la retrocesión:

2.º Por no haberse aplicado al caso de autos al art. 33 de la ley Hipotecaria, que declara que la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes, toda vez que consta que la nota puesta por el sustituto del Registrador en la inscripción de la escritura de venta lo fué por simple manifestación verbal de Agero, y adolece, por tanto, de vicio de nulidad dicho acto y todo lo realizado después por virtud de él, ó sea por la pretendida consolidación de dominio en D. Francisco Agero, que no puede invocarse, por consiguiente, para que prevalezca la sentencia recurrida;

Y 3.º La ley del contrato estipulada entre D. Francisco Agero y la recurrente en la escritura de 11 de Junio de 1884, y la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1870; 24 de Junio de 1872, 27 de Octubre y 9 de Noviembre de 1869, 7 de Febrero de 1870 y 3 de Diciembre de 1864, por cuanto se absuelve á Agero de la demanda deducida en este pleito á pesar de que la recurrente tenía

derecho á pedir la retroventa de las fincas, no sólo por lo declarado en la sentencia firme de 5 de Abril de 1888, sino porque dentro del plazo de cuatro años lo solicitó cumpliendo lo pactado: primero, en el anterior litigio, y después en 11 de Junio de 1888, día en que espiraba el plazo del retro, consignando la cantidad que tenía que entregar á Agero.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que en el pleito seguido entre las mismas partes litigantes que terminó por la sentencia dictada en primera instancia con fecha 5 de Abril de 1888, no tan solamente ejercitó Doña Sabina Martín la acción rescisoria por lesión enormísima, sino también la nacida del contrato para retrotraer las fincas vendidas por reputar, contra lo sostenido por el comprador Agero, que el plazo para ello convenido estaba subsistente, de suerte que así una como otra acción debieron ser resueltas en el mismo fallo, ó terminantemente aplazada la solución de cualquiera de ellos, si el Juzgado, más ó menos acertadamente, hubiera estimado esto último procedente:

Considerando que á pesar de haber empleado en dicha sentencia una locución impropia, es evidente que resolvió sobre las dos acciones ejercitadas, y que el pronunciamiento relativo al plazo del retracto no implica una simple reserva de la acción entablada, sino la declaración del derecho consiguiente á reputarlo subsistente, lo cual se deduce de un modo claro así de los fundamentos del fallo como del texto de su parte dispositiva, en la que después de absolver al demandado tan sólo de una de las dos acciones ejercitadas se fija el término dentro del cual, conforme á lo pactado, podría la demandante recuperar las fincas vendidas que fué la materia de la otra acción también ejercitada:

Considerando que el pleito actual tiene por objeto hacer efectivo ese mismo derecho, existiendo por ello entre el anterior y éste la más perfecta identidad de cosa, causa y personas, por lo cual debió darse lugar á la demanda, y no haciéndolo, se ha infringido la ley 19, tít. 22, Partida 3.ª, relativa al valor de la cosa juzgada:

Considerando que estimado el recurso por este motivo implícitamente, quedan también estimados los otros dos en que se funda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Sabina Martín y Martín, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 10 de Marzo de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid.—(Sentencia publicada el 11 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Mayo del mismo año.)

68

Recurso de casación en la forma (11 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Interdicto de recobrar.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. José Llopis en pleito con D. Faustino Marco y otro (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma, con arreglo al núm. 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias, cuando procediere con arreglo á derecho:

Que no se incurre en el mencionado quebrantamiento de forma por denegar el recibimiento á prueba en la segunda instancia, cuando si bien se alegan en ésta hechos nuevos ocurridos con posterioridad á la prueba practicada en la anterior, no son de influencia notoria en la decisión del pleito.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Marzo de 1891, en el interdicto

de recobrar la posesión de la finca Huerto de la Paloma, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de su territorio por Don José Llopis y Ventura con D. Faustino Marco y Maza, jornaleros, vecinos de aquella ciudad, y con D. Juan Soler Rovirosa, comerciante, de la misma vecindad, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por el demandante y sostenido ante este Supremo Tribunal, en su defensa y representación por el Letrado D. Fermín Berástegui y el Procurador D. Carlos Bordallo, no habiendo comparecido ninguna de las otras partes:

Resultando que en 15 de Abril de 1889 dedujo D. José Llopis y Ventura, en Barcelona, debidamente representado y con diferentes documentos demanda de interdicto contra D. Juan Soler y Rovirosa y D. Faustino Marco y Maza, exponiendo: que quieta y pacíficamente venía poseyendo la finca denominada Huerto de la Paloma, situada en la barriada de Casa Antúnez, de aquel término municipal, en virtud de contrato verbal de arriendo, celebrado á últimos de 1886, por el que, el propietario de aquella finca D. Juan Soler y Rovirosa se la había cedido por tiempo indefinido mediante el pago de 350 pesetas por anualidades vencidas, con la condición de que mutuamente habían de avisarse la terminación del contrato con un año de anticipación; que en su cumplimiento pagó el demandante en 28 de Mayo de 1888 la anualidad correspondiente, como lo justificaba con el recibo que acompañaba; que habiendo tenido que trasladar su familia á la ciudad durante el verano último por motivos de salud, dejó á su dependiente D. Faustino Marco al cuidado de la finca, y aprovechándose éste de la confianza que en él tenía y de su ausencia, puso un letrero en el que se leía poco más ó menos: «Restaurant de Faustino Marco», pues era costumbre de la casa servir comidas á los que acudían á aquel lugar; que el demandante, no obstante las explicaciones de Marco, le mandó retirase dicho letrero, y no habiéndolo verificado todavía en el mes de Febrero, como además tuviera entonces noticia de que Marco, de acuerdo con el dueño Soler, pretendía despojarle de la posesión de la finca, despidió á aquél de su servicio; que entonces Marco se resistió á marcharse de la casa, protestando que tenía orden escrita del dueño para permanecer en ella y obligar al demandante á dejarla, y que todo lo expuesto demostraba que el demandante se hallaba en posesión de la finca desde hacía dos años, así como la intención de D. Juan Soler y de Marco de despojarle de dicha posesión por medio de los actos que venían ejecutando desde hacía cinco ó seis meses; y ofreciendo, por último, información testifical sobre los hechos expuestos, solicitó que, previa la tramitación correspondiente, se declarara procedente la demanda, mandando reponerle inmediatamente en la íntegra, quieta ó pacífica posesión ó tenencia del Huerto de la Paloma, condenando á los demandados á reponer las cosas al ser y estado que tenían antes de los actos perpetrados, haciéndoles los requerimientos oportunos:

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito de la Universidad, á quien correspondió el conocimiento del asunto, tuvo por presentada la demanda y acordó lo conducente á la práctica de la información testifical ofrecida, y con vista del resultado de ésta proveyó en 30 del mismo mes de Abril, que, apareciendo comprobados los extremos señalados en el art. 1652, se convocaba á las partes á juicio verbal, que tuvo lugar en 7 del siguiente mes de Mayo, se opusieron á la demanda los demandados, practicándose una extensa prueba, y dictando, por último, sentencia el Juzgado en 22 de Julio, declarando no haber lugar al interdicto deducido por D. José Llopis y Ventura, con imposición al mismo de todas las costas:

Resultando que al instruirse D. José Llopis de los autos y apuntamiento formado por virtud de la aplicación que restableció contra dicha sentencia, solicitó por un otrosí, que con arreglo á lo dispuesto en el art. 862, núm. 3.°, 898 y demás aplicables de la ley de Enjuiciamiento civil, se recibieron los autos á prueba al fin de acreditar los autos de despojo que dejaba consignados en el cuerpo del escrito realizados por Marco á nombre de Soler, con posterioridad á las sesiones del juicio verbal de la primera instancia, fijando al efecto el término que se estimase necesario, y comisionando al Juez de primera instancia para que fuera admitida la prueba testifical y de confesión en juicio que ofrecía para justificar los hechos aludidos, procediera á practicarla en la forma establecida para la primera instancia:

Resultando que la representación de D. Faustino Marco, única parte apelada que se personó ante la Audiencia, se instruyó á su vez de los autos y se opuso al recibimiento á prueba pedido por el apelante, diciendo al efecto que, aparte de ser inexactos los hechos denunciados como constitutivos de despojo, cuya prueba se pretendía practicar, en nada podían afectar á la resolución de este pleito, para la que había que tener sólo presente los que había motivado la demanda de interdicto, porque la sentencia que se dictase tenía que decidir únicamente si eran exactos ó no los hechos en que se basaba la demanda, y si constituían ó no despojo de la posesión, por lo cual era evidente que concurría en el presente caso la circunstancia exigida en el núm. 3.º del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil invocado por la parte apelante:

Resultando que en 19 de Febrero de 1890 dictó auto la Sala primera de lo civil de la Audiencia declarando no haber lugar al recibimiento á prueba pretendido, cuyo auto, suplicado por el apelante, fué confirmado por la misma Sala por otro de 14 de Marzo, y terminada la sustanciación de la instancia, previa citación y vista, dictó sentencia la susodicha Sala en 17 de Mayo último, confirmando con las costas la apelada:

Resultando que dentro del término legal, D. José Llopis y Ventura interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón de haberle sido denegado el recibimiento á prueba que había pretendido en la segunda instancia, apoyado en lo establecido por la ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 862, núm. 3.º y 897, á fin de acreditar los actos de despojo realizados por Marco á nombre de Soler, con posterioridad á las sesiones de la primera instancia.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma, con arreglo al núm. 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias, cuando procediere con arreglo á derecho:

Considerando que si bien se han alegado en la segunda instancia hechos nuevos ocurridos con posterioridad á la prueba practicada en la anterior, no siendo aquéllos de influencia notoria en la decisión del interdicto, al denegarlo la Sala sentenciadora no incurrió en el defecto de forma á que se refiere el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. José Llopis y Ventura, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, si viniese á mejor fortuna, que se distribuirá entonces con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución de los autos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 11 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

69

Recurso de casación (12 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Ejecución de sentencia.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. José María Martínez en pleito con D. Natalio Palacios (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que el art. 944 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone de un modo claro y terminante que no se dé recurso alguno contra los fallos que las Audiencias pronuncien en la materia referente á la liquidación de frutos, rentas, utilidades ó productos, á cuyo pago se haya condenado en sentencia de cuya ejecución se trate, estableciendo así una marcada excepción de lo prescrito por punto general en el otro art. 1695.

Resultando que por sentencia firme de la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos de 23 de Noviembre de 1888, fué condenado D. José María Martínez de las Rivas á rendir en el término de quince días cuenta justificada á D. Natalio Palacios Cereceda, como marido de Doña Bruna de Urcullú, de los minerales que hubiera arrancado y extraído de la mina *Unión*, que poseían proindiviso, á contar desde 1.º de Diciembre de 1883 hasta que lo efectuase y entregase á éste la cantidad líquida á que los productos de la misma ascendieran por la parte que proporcionalmente le correspondiera por el 5 por 100 que en dicha mina le pertenecía en el término de quinto día, en metálico, comprendiendo lo que le hubieran valido los minerales, con deducción de los gastos todos hasta su venta, con otros extremos y particulares que no son del caso:

Resultando que en ejecución de esta sentencia presentó D. José María Martínez de las Rivas una liquidación, que fué impugnada por la representación de Doña Bruna de Urcullú, acompañando una y otra parte diversos documentos y justificantes, y que recibido el incidente á prueba, practicada la que propusieron, y sustanciado en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por auto revocatorio de 10 de Noviembre de 1890, fijó en 272.447 pesetas 12 céntimos la cantidad que con arreglo á la sentencia firme de 23 de Noviembre de 1888, de cuyos cumplimientos se trataba, y como vigésima parte del saldo favorable al cargo de la cuenta de administración á que aquella resolución se refería, que representaba el producto líquido de la mina de hierro llamada *Unión*, correspondiente al tiempo transcurrido desde el 1.º de Diciembre de 1883 hasta 30 de Junio de 1889, debe entregar D. José María Martínez de las Rivas, en el término de quinto día, á D. Natalio Palacios, en representación de su mujer Doña Bruna de Urcullú, imponiéndose á aquél las costas ocasionadas en las diligencias de ejecución en la primera instancia:

Resultando que D. José María Martínez de las Rivas ha interpuesto contra este auto recurso de casación, citando las leyes á su juicio infringidas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que el art. 944 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone de un modo claro y terminante que no se dé recurso alguno contra los fallos que las Audiencias pronuncien en la materia referente á la liquidación de frutos, rentas, utilidades ó productos, á cuyo pago se haya condenado en sentencia de cuya ejecución se trate, estableciendo así una marcada excepción de lo prescrito por punto general en el otro art. 1695:

Considerando que el referido precepto excepcional tiene perfecta apli-

cación al caso, puesto que el recurso que se ha interpuesto á nombre de D. José María Martínez de las Rivas se refiere precisamente á lo resuelto por la Audiencia de Burgos, fijando la liquidación que en sentencia anterior se había acordado tuviese lugar, por lo que es visto que no cabe recurso alguno contra ellos;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José María Martínez de las Rivas, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido; y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 12 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

70

RECURSO DE CASACIÓN (13 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Cuarta marital y alimentos.*—No ha lugar á los interpuestos por Doña Josefa Vilá y Doña Pilar Bruballa en pleito entre ambas (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que es improcedente el recurso fundado en supuestos contrarios á la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora:

Que la constitución Hac nostra, *al conceder á las viudas que durante el año del luto se las provea de todas las cosas necesarias á su vida, no excluye á las mujeres que estuvieren simplemente separadas de la casa conyugal con permiso ó aquiescencia de sus maridos, ni determina tiempo para hacer efectivo este derecho, que sólo está subordinado á la formalización de inventario cuando la viuda se entienda poseer todos los bienes del marido para la seguridad de su dote esponsalicio, según disposición expresa de dicha ley.*

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio por Doña Josefa Vilá y Algar, sin profesión, vecina de aquella ciudad, con Doña Pilar Bruballa y Franco, también sin profesión y de la propia vecindad, sobre reclamación de la cuarta marital y alimentos correspondientes al año de luto, frutos é intereses, pendiente ante Nos, á virtud de recursos de casación por infracción de ley interpuestos por ambas partes, y en defensa y representación de la demandante el Abogado D. Juan Romero y el Procurador D. Manuel González Aguado, y en la de la demandada el Letrado D. Modesto Llorens y el Procurador D. Luis de Figuerola:

Resultando que con motivo del matrimonio realizado de D. Mauricio Torrás y Doña Josefa Vilá, el padre de ésta, D. José, en escritura autorizada por el Notario D. Ramón Coll el 6 de Noviembre de 1850, la hizo donación entre vivos de 1.000 duros en metálico y 600 en ropas, muebles y joyas, con lo que la Doña Josefa constituyó dote, la cual aceptó Torrás, y por razón de ella hizo á la primera donación esponsalicia por igual cantidad de 1.600 duros, confesando el D. José Vilá y su mencionada hija, por otra escritura de 23 de Septiembre de 1856, haber recibido del expresado D. Mauricio Torrás los 1.600 duros importe de la precitada dote en las mismas especies en que le fueron á aquél entregados, y cancelaron las obligaciones por él mismo contraídas, especialmente la hipoteca constituída:

Resultando que fallecido el D. Mauricio Torrás en 24 de Marzo de 1883, bajo disposición testamentaria, en que instituyó heredera á Doña Pilar Bruballa, D. Ignacio Torrás, hermano de aquél, formuló en 16 de Mayo del enunciado año demanda sobre que se declarase nula dicha institución de

heredera, de cuya demanda fué absuelta la Doña Pilar en sentencia de 5 de Agosto de 1884:

Resultando que previo acto de conciliación sin avenencia, la repetida Doña Josefa Vilá, en la demanda de autos, de fecha 10 de Abril de 1888, pretendió se condenara á Doña Pilar Bruballa á haber de solventar á la demandante la cuarta marital, ó sea la cuarta parte de los bienes de su difunto marido D. Mauricio Torrás, con los frutos de ella, desde el fallecimiento de éste, condenándola también al pago del importe de los alimentos durante el año de luto que debe percibir la viuda por ser derecho legal de la misma, fijando la cantidad el Juzgado, y de los intereses de dicha cantidad desde el expresado fallecimiento de Torrás, con imposición además de las costas del juicio, para lo cual alegó que, como viuda pobre del D. Mauricio Torrás, la concedía la ley la cuarta parte de los bienes del mismo, la cual correspondía solventar á su heredera Doña Pilar, quien estaba en posesión de los indicados bienes con perjuicio de la demandante: que ésta tenía también como viuda derecho á los alimentos correspondientes en el año de luto, no habiéndolos reclamado á su debido tiempo por el litigio promovido contra el testamento de su difunto esposo, y que no habiendo accedido la demandada á tan justas peticiones, según lo acreditaba el acto de conciliación, procedía reputarla como temeraria é imponerla las costas del juicio; y en otrosí del escrito de demanda formalizó incidente para que se declarase á su favor el beneficio de la defensa por pobre; como así tuvo lugar sustanciado que fué tal incidente:

Resultando que Doña Pilar Bruballa opuso á la demanda, de que pidió se la absolviera con condena de costas á la parte actora, la excepción *sine actione agis* y cuantos la compitieren, haciendo mérito en apoyo de su pretensión de la escritura de capitulaciones matrimoniales y de la de devolución de dote ya enunciada, y exponiendo, además, sustancialmente que Doña Josefa Vilá, desde la remota fecha de más de veinticinco años antes de la muerte de D. Mauricio Torrás, vivió separada de éste, haciendo vida independiente, sin mediar divorcio legal entre ambos, y después de dicha separación heredó á su padre D. José Vilá, vendiendo, en concepto de tal heredera, el 3 de Octubre de 1871, á Doña Antonia Musoll una casatorre, sita en la villa de Gracia, núm. 183 de la calle Mayor, por el precio de 60.000 pesetas; y en otras distintas fechas, viviendo siempre separada de su marido, explotó varios establecimientos, que luego había vendido, siendo uno de ellos el de herborista en la calle del Vidrio, de aquella ciudad de Barcelona, tan acreditado con el nombre de Herbolari del Rey, y otro de quincalla y juguetes en la calle del Archs; cuyos hechos, así como también el de haber vivido la demandante de sus bienes propios durante los cinco años transcurridos desde la muerte de Torrás, justificaban la falta en la misma de las condiciones legales indispensables para tener derecho á la cuarta marital, mediante no ser indotada, así como tampoco pobre al ocurrir aquel fallecimiento, aun cuando se admitiera lo fuere en la actualidad, oponiéndose también al precitado derecho pretendido el no haber permanecido la Doña Josefa constantemente al lado de su esposo; que tampoco era procedente la solicitud de alimentos durante el año de luto, por cuanto á la fecha de la interposición de la demanda iban transcurridos cinco y meses desde que falleció Torrás, y los enunciados alimentos sólo se deben en el siguente al día de fallecer el marido, sin que obstase á que la actora los reclamara en su oportunidad el mediar pleito acerca de la validez del testamento del D. Mauricio, por conceder la ley los repetidos alimentos independientemente de la determinación de heredero; obstando igualmente á su reclamación la naturaleza de ellos, pues aparte de darse los mismos para vivir y alimentarse, y nadie vive y se alimenta de lo pasado, estaban otorgados por la ley como una gracia á la mujer, por estimar

que en el primer año de viudez respetará y honrará la memoria del marido viviendo entregada al dolor de su pérdida, sin poderlos pretender la mujer que estuvo separada de su marido durante la vida de ambos; y que en lo relativo á los frutos é intereses, su petición era contraria á derecho, tanto por carecer de éste la actora á la cuarta marital y á los alimentos, como porque la posesión de buena fe en que estaba Doña Pilar Bruballa y el carácter de ilíquidos de los alimentos, se oponían á tal petición, siendo evidente la temeridad de todas las formuladas por la demandante, á quien, en su consecuencia, debían imponerse las costas:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron las partes en sus respectivas solicitudes y alegaciones, añadiendo la actora que el haberla sido devuelta la dote la constituyó en la condición de dotada; y sí heredó á su padre vendiendo una finca, el precio de ésta lo consumieron las deudas de aquél, que hacía años se hallaba enfermo y achacoso, sin poder trabajar, sobreviviéndole su consorte Doña Eulalia Algar, cuya ancianidad, achaques y enfermedades apuraron los últimos recursos de la herencia, dando por resultado la pobreza de su hija; que el matrimonio no se había separado en el sentido que suponía la demandada, sino por haber dado permiso Torrás á la demandante para cuidar á sus padres, manteniéndola éstos; que no era cierto explotara de su cuenta la referida demandante varios establecimientos; pues no explotó ninguno, y que no había prescrito por el transcurso del tiempo, al efecto fijado en la legislación de Cataluña, el derecho de aquella parte para reclamar la cuarta marital y alimentos:

Resultando que en el trámite de prueba la practicó Doña Josefa Vilá por documentos, testigos y posiciones; manifestando Doña Pilar Bruballa, al absolver éstas, entre otros particulares, hallarse en posesión de la herencia de Torrás, quien antes de su fallecimiento la había ya traspasado el establecimiento de herbolario que aquél tenía hacía muchos años en la calle de Riera del Pino, habiendo entrado en casa de Torrás en clase de sirvienta, sin tener, cuando lo verificó, más bienes que su ropa, y como uno de los extremos de la documental se acreditó, por certificación con referencia al Registro de la propiedad de Gracia, que D. José Vilá hipotecó en garantía de préstamos la casa-torre sita en la enunciada villa, calle Mayor, núm. 183, y callejón de San Jerónimo, núm. 5, ascendiendo el importe de la cantidad á que respondía la hipoteca á 12.000 escudos:

Resultando que igualmente practicó la demandada prueba de testigos y de documentos, trayéndose entre estos á los autos testimonios de las escrituras de constitución y devolución de dote, que ya se refirieron, y de otra, otorgada en 3 de Octubre de 1871, por la cual Doña Josefa Vilá, con autorización de su marido D. Mauricio Torrás, vendió á Doña Antonia Musoll la menciona casa-torre de la calle Mayor núm. 183, en la villa de Gracia, por precio de 60.000 pesetas, del que recibió en el acto la mitad, reservándose la compradora el resto para satisfacer la de 30.000 que el padre de la vendedora había recibido á préstamo; y también absolvió posiciones la referida demandante, declarando ser cierto que fué heredera abintestato de su padre, como hija única, pero no de su madre, la que murió antes de 1885:

Resultando que seguido el pleito en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia, en 27 de Marzo de 1890, confirmatoria, con las costas, de la del Juzgado, por la cual dió lugar á la demanda en cuanto á la reclamación de los alimentos correspondientes al año de luto, condenando á Doña Pilar Bruballa á que entregase á la demandante el importe de dichos alimentos dentro del término de diez días, á contar desde el en que se hallasen los mismos liquidados, lo que debería practicarse en las diligencias de cumplimiento de la sentencia; y no dando lugar á las demás reclamaciones de dicha demanda, absolvió de

las mismas á la propia Doña Pilar, imponiendo á la demandante perpetuo silencio, sin hacer especial condenación de costas de la primera instancia:

Resultando que Doña Josefa Vilá ha interpuesto recurso de casación, apoyada en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidas las Novelas 52 y 117, en lo que se refieren al derecho de la recurrente á la cuarta parte de los bienes que dejó su difunto esposo, puesto que, siendo pobre é indotada á la muerte del mismo, no habían debido invocarse aquéllas como fundamentos de un fallo contrario:

Resultando que, asimismo, ha interpuesto recurso de casación, con el correspondiente depósito, Doña Pilar Bruballa, como autorizado también en el núm. 1.° del art. 1692 de la enunciada ley de Enjuiciamiento civil, alegando á su vez haberse infringido en la predicha sentencia la constitución 1.ª, tít. 3.°, libro 5.°, volumen 1.° de las de Cataluña, en cuanto aquélla otorga á la demandante los alimentos correspondientes á la viuda en el año de luto, por otorgarlos á una mujer que se hallaba separada de su marido hacía mucho tiempo, estándolo al ocurrir la muerte de éste; que los pidió cinco años después de pasado el del luto; y que no tomó inventario dentro del plazo fijado en la citada constitución, la cual establece terminantemente quedar privada de la provisión de dicho año del luto la mujer que no empieza el inventario dentro de un mes, á contar desde que supiere la muerte del marido, y no lo concluya dentro del siguiente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que el recurso de Doña Josefa Vilá se funda en el supuesto de ser pobre á la muerte de su marido, requisito esencial para obtener el beneficio que reclama del capítulo último de la Novela 53, y que tal supuesto es contrario á la apreciación de las pruebas hechas por la sentencia y no impugnada en casación:

Considerando que la constitución *Hac nostra*, al conceder á las viudas que durante el año del luto se las provea de todas las cosas necesarias á su vida, no excluye á las mujeres que estuvieren simplemente separadas de la casa conyugal con permiso ó aquiescencia de sus maridos, como resulta haber estado la Doña Josefa Vilá; ni determina tiempo para hacer efectivo este derecho, que sólo está subordinado á la formalización de inventario cuando la viuda se entienda poseer todos los bienes del marido para la seguridad de su dote esponsalicio, según disposición expresa de dicha ley; y, por lo tanto, que la sentencia, al no estimar las objeciones que se oponen en el recurso de Doña Pilar Bruballa al derecho reconocido á Doña Josefa Vilá, no infringe la constitución citada:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación interpuestos por Doña Josefa Vilá y Algar y Doña Pilar Bruballa y Franco; condenamos á ésta á la pérdida de la mitad de la cantidad depositada, la que se aplicará á los efectos prevenidos en el artículo 1784 de la ley de Enjuiciamiento civil, devolviéndose la otra mitad; asimismo condenamos á la Doña Josefa Vilá y Algar, para cuando llegue á mejor fortuna, al pago de la suma de 500 pesetas por razón de depósito, que será aplicada al mismo fin; no hacemos declaración sobre costas, mediante ser recurrentes ambas partes; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 13 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Mayo del mismo año.)

71

RECURSO DE CASACIÓN (13 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Josefa

Rosa Paris en autos con el Ayuntamiento de Muros (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que el recurso de casación en los casos en que al interesado, que se defiende como pobre, se le nombran Abogado y Procurador de turno, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia, en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto.

Resultando que remitidas á este Tribunal Supremo las oportunas certificaciones y el apuntamiento de los autos, á fin de que Doña Josefa Rosa Paris y Pardiñas pudiera interponer recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia que en 24 de Octubre del año último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, confirmando con las costas la del Juez de primera instancia de Muros, denegando á aquélla el beneficio de litigar como pobre en pleito con el Ayuntamiento de la villa de Muros, sobre tercería, se nombraron á la recurrente Abogado y Procurador de oficio:

Resultando que en providencia de 9 de Enero último, que fué notificada en el mismo día, se mandaron entregar los autos por el término y á los efectos prevenidos en la ley, y que en 17 de Febrero próximo pasado fueron devueltos con escrito interponiendo dicho recurso, á cuya admisión se opone el Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamenette:

Considerando que el recurso de casación en los casos como el presente en que al interesado se le nombran Abogado y Procurador de turno, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia, en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto:

Y considerando que el recurso interpuesto en estos autos lo ha sido después de transcurrido aquél término:

Visto lo dispuesto en el citado art. 1713 y en los 1728 y núm. 1.º del 1739 de la propia ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Josefa Rosa Paris y Pardiñas, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido; publíquese este auto en la forma prevenida por la ley, y póngase en conocimiento del Decano del Colegio de Abogados de esta corte.—(Auto fecha 13 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

72

RECURSO DE CASACIÓN (14 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de préstamo hipotecario.*—No ha lugar al interpuesto por D. Joaquín Martínez en pleito con D. Enrique de Alcaraz (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que si bien es cierto que los contratos sin causa, á los cuales se equiparan los celebrados con causa falsa ó simulada, no producen efecto alguno, lo es también que la simple expresión de una causa inexacta ó falsa hecha por las partes al otorgar el contrato, no lo anulan, siempre que resulte fundado en otra que, aun cuando distinta de la expresada, sea verdadera y lícita, porque en tal caso, siendo tan sólo aparente la falta de causa, resultan eficaces las

obligaciones contraídas por los interesados con pleno conocimiento de la verdad:

Que no se enriquece torticeramente el que por justo título percibe aquello que le es debido.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Marzo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Loja y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, por Doña Trinidad Cardenete y Blázquez, propietaria, viuda y vecina de Loja, y por su fallecimiento por su hijo y heredero D. Joaquín Martínez Cardenete, también propietario y de aquella vecindad, representado por el Procurador D. Julio Mateo y Cuñat, y defendido por el Licenciado D. Nicolás Salmerón, con D. Enrique de Alcaraz y Jurado, vecino también de Loja, Abogado y propietario, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Letrado D. Alberto Aguilera, sobre nulidad de un préstamo hipotecario:

Resultando que D. Manuel Martínez Caro falleció en la ciudad de Loja en 16 de Agosto de 1885, dejando de su matrimonio con Doña Trinidad Cardenete Blázquez tres hijos varones, D. Emilio, D. Manuel y D. Joaquín, una hija, Doña Demetria, casada con D. Enrique de Alcaraz y Jurado, y cinco nietos, Doña Concepción, Doña Dolores, D. José Ramón, Doña Trinidad y Doña Rosario Sola Martínez, hijos de su difunta hija Doña Trinidad Martínez Cardenete y de D. Bonifacio Sola Salgatar:

Resultando que en 2 de Septiembre del siguiente año 1886, Doña Trinidad Cardenete, viuda de Martínez, y su hijo político D. Enrique de Alcaraz otorgaron escritura, en la que la primera declaró haber recibido del segundo en clase de préstamo la cantidad de 40.721 pesetas 75 céntimos para atender á sus urgencias, dándose por satisfecha de la entrega con renuncia de las leyes de ésta, prueba del recibo y demás que ella se contenía, conviniendo en que el préstamo devengaría interés del 3 por 100 anual, el cual así como el principal se obligaba la otorgante á devolver á D. Enrique Alcaraz ó su representante en siete plazos; el primero, para el 28 de Noviembre de aquel mismo año, y los demás para iguales días de los años sucesivos siguientes, hipotecando para garantir el pago varias fincas, y entre ellas, por la cantidad de 15.000 pesetas, una casería nombrada de la Esperanza, en término de Loja, libre de todo gravamen:

Resultando que en 29 de Septiembre de 1887, D. Enrique de Alcaraz entabló demanda ejecutiva contra Doña Trinidad Cardenete por la cantidad de 4.105 pesetas 50 céntimos y 1.008 pesetas 48 céntimos de réditos como resto del segundo plazo y por el interés anual por la primera suma desde 28 de Agosto de aquel año, procedentes del préstamo mencionado; y requerida de pago por cédula, por no haberlo verificado, se procedió al embargo y citación de remate; y que no habiendo comparecido, se dictó en 14 de Octubre siguiente en sentencia de remate, que quedó firme, habiéndose tenido después por ampliado el juicio por el tercer plazo vencido:

Resultando que en 23 de Noviembre del citado año 1887 dedujo Doña Trinidad Cardenete y Blázquez, viuda de Martínez, la demanda objeto de estos autos, alegando: que algunos meses después del fallecimiento de su marido, D. Enrique de Alcaraz, á nombre de su esposa Doña Demetria Martínez, promovió el juicio voluntario de testamentaría de aquél, lo cual aumentó la discordia iniciada ya antes entre los herederos de D. Manuel, hasta el punto de amenazar la fortuna creada por el mismo; que en sus asuntos mercantiles é industriales á que estaba dedicado, le auxiliaron sus tres hijos D. Emilio, D. Manuel y D. Joaquín, así como su hijo político D. Bonifacio Sola, que cobraban por esta razón sueldos más ó menos mo-

destos; que estas utilidades tenían divididos á los interesados en el juicio voluntario de testamentaría, pidiendo D. Enrique de Alcaraz que se asignara á su consorte en la partición una cantidad igual á la que sumaban las ganancias obtenidas en la casa por su hermano D. Emilio; pretensión que tachaban de injusta los demás interesados; que la mediación de personas dignas fué causa de que alguno de los hijos de Martínez, por miedo á mayores males aceptara la proposición de Alcaraz, y habiéndose atraído á algún otro heredero, se consideró realizada la avenencia, y se pensó en darle forma; que para ello se convino en extender varios pagarés por 40.721 pesetas 75 céntimos, firmados por los tres hijos de D. Manuel y su hijo político D. Bonifacio Sola á D. Enrique de Alcaraz, garantizando Doña Trinidad Cardenete las obligaciones consignadas en ellos; que Don Emilio Martínez se opuso á esta conciliación por estimarla injusta y perjudicial á los intereses de los que suscribían los pagarés; y así las cosas, el primero de los herederos, D. Manuel, que aceptó la proposición de Alcaraz, ofuscado por el deseo de armonía, pintó á la demandante el desastre que les amenazaba si el juicio incoado no se terminaba amistosamente, y la convenció de que ese fin se conseguiría con sólo confesar ante Notario y testigos haber recibido en préstamo de su hijo político Alcaraz la citada cantidad; y no vacilando en acceder á aquella pretensión, firmó la escritura de que se ha hecho mérito, en la que confesó haber recibido de D. Enrique de Alcaraz la cantidad referida, igual á la que formaban la que por legítima paterna correspondía á cada uno de los herederos de Martínez Caro, y la que constituía las ganancias que D. Emilio Martínez Cardenete había obtenido de la industria y comercio de su padre, deducidas de una y otra cantidad la que por razón de gastos en el juicio de testamentaría correspondía á la esposa de Alcaraz; que la consecuencia inmediata del otorgamiento de la escritura fué la terminación del juicio de testamentaría, y que fuese puramente nominal la cantidad que por legítima paterna se adjudicó á Doña Demetria Martínez en la partición de los bienes de su padre; que debilitada la impresión del primer momento, la demandante comprendió la transcendencia del acto que había realizado, si bien abrigaba la esperanza de que al fin D. Enrique Alcaraz vería lo exagerado de sus pretensiones, y renunciaría á la suma que se le concedía á título de compensación por las utilidades que sus hermanos políticos tuvieron en la casa comercio de Martínez Caro, abonando por cumplir un deber de estricta justicia el primero de los plazos estipulados, é intentó también solventar el segundo, pues que al obrar así, no sólo trabajaba por la realización de la esperanza que abrigó, sino que abonaba por ese medio á su hija Doña Demetria la cantidad que realmente le correspondía por legítima paterna, la cual, por virtud de la expresada escritura de préstamo hipotecario, no se le había entregado; que no se realizaron, sin embargo, sus esperanzas, puesto que había entablado demanda ejecutiva para el pago del segundo plazo, y además la había demandado de conciliación para que ampliase por 7.000 pesetas la hipoteca constituída sobre la casería de la Esperanza, que era una de las gravadas, y que presentada como libre, resultó estar hipotecada por dicha cantidad, comprendiendo por todo ello que no le quedaba otro remedio para evitar las consecuencias de la citada escritura, con la que había lastimado los legítimos derechos de sus hijos y nietos, que deducir una demanda; que todo contrato estaba constituído con caracteres esenciales, sin los que no podía existir; que la entrega de la cantidad prestada era requisito esencial del contrato de préstamo, y no habiendo aquélla existido, era evidente que la escritura no constituía, ni jurídica ni racionalmente, un contrato de aquella clase; que según nuestras leyes, aquellos contratos, cuya causa no era verdadera, eran nulos y no podían dar vida á obligaciones de ninguna clase; que aunque en

un documento público ó privado se hubiese confesado la entrega de una cantidad, y en el mismo se hubiera renunciado la ley de Partida, era doctrina legal de los autores, mantenida también por Gregorio López, que dentro de los dos años, contados desde que se confesó la entrega, podía el deudor que no recibiera la suma expresada en la escritura ó vale, deducir contra su acreedor la acción ú oponer la excepción *non numerata pecunia*, y que teniendo en este caso la obligación de probar la entrega, la que en la hipótesis de no existir, renunciaba, correspondería al acreedor, suplicando por todo ello que se declarase que Doña Trinidad Cardenete Blázquez no había recibido la cantidad que en la escritura de 2 de Septiembre de 1886 confesó tenerle entregada su hijo político D. Enrique de Alcaraz, y en su consecuencia declarar también nulo el préstamo hipotecario de las 40.721 pesetas 75 céntimos, así como la misma escritura en que se consignó aquel contrato, mandándose cancelar en el Registro de la propiedad las inscripciones hipotecarias que se hicieron por virtud de aquel documento:

Resultando que D. Enrique de Alcaraz contestó á la demanda, alegando: que su conducta al fallecimiento de D. Manuel Martínez Caro, no pudo ser más noble y correcta para con la familia de su esposa Doña Demetria Martínez Cardenete, pero que no habiendo sido correspondida por ella, de la cual no había merecido la más leve indicación sobre el estado de la casa ni que se hallase dispuesta á hacer la liquidación, convencido el demandado por los antecedentes que adquirió, que la casa había tenido una administración desastrosa, habiendo estado separado por completo de los negocios D. Manuel Martínez Caro entregándolos á sus hijos, á quienes había satisfecho cantidades considerables por vía de sueldo que no estaban en relación con la importancia de la casa, perjudicando notablemente á su otra hija Doña Demetria Martínez, y por todo esto y otros varios hechos de que hizo mérito, surgieron desavenencias entre los interesados, y tuvo el demandado que promover el juicio de testamentaría; que por la mediación de personas extrañas, se consiguió la avenencia en la cual estuvieron todos conformes, y conviniendo en separar á Doña Demetria de las negociaciones de la casa, como esto suponía un quebranto para dicha interesada, privándola de pingües ganancias procedentes de la industria de aquélla, y aspirando además los hermanos á que todas las fincas se aplicaran á la hijuela de deudas, fué proposición de ellos que el pago de las legítimas se hiciera en hilazas y existencias de las fábricas, con las cuales se quedarían los hermanos abonándolas en efectivo; que para fijar la compensación que había de percibir, se adoptó como tipo el que recibiera una cantidad igual á la que sumaban las utilidades de Don Emilio, y que importando éstas 31.552 pesetas 14 céntimos, agregada á ella la legítima importante 10.499 pesetas 4 céntimos, sumaban 42.051 pesetas 18 céntimos, de las que deducidos gastos y costas del juicio, quedaron 40.721 pesetas 75 céntimos, que era lo que por todos conceptos debía percibir; que para dar forma á esta obligación se convino en hacer el pago en siete plazos iguales y siete años con el interés módico de 3 por 100 anual, para lo cual se extenderían otros tantos pagarés que firmarían los hermanos con la garantía de la madre, pero que D. Emilio se negó á firmarlos diciendo se había arrepentido del convenio, teniendo esto lugar cuando D. Enrique Alcaraz y su esposa habían concurrido al otorgamiento de la escritura de 18 de Agosto, extendida según las instrucciones dadas por la madre y hermanos de Doña Demetria, sin que en ella figurase siquiera el crédito reconocido de los 23.242 reales, y en la que en la misma Doña Demetria se había dado por entregada de una legítima que no había recibido, porque, con arreglo á lo convenido, debieron sus hermanos satisfacérsela en metálico; que á los pocos días se presentaron á D. Enrique

Alcaraz las mismas personas mediadoras en el asunto, manifestándole que sus hermanos políticos, incluso D. Emilio, habían convenido con su madre en que en vez de otorgarle pagarés se le otorgaría escritura hipotecaria por la madre, á la que ellos quedaban en ir abonando la cantidad, asegurándose también haber dicho D. Emilio que sus contestaciones de antes respecto á los pagarés fué porque siendo endosables le había asaltado el temor de que al pasar á terceras personas pudiera quebrantarse el crédito de la casa; que aceptada por Alcaraz la proposición, se otorgó la escritura en 2 de Septiembre en los términos estipulados; y que como la cantidad era de justicia que la percibiera D. Enrique, Doña Trinidad Cardenete confesó haberla recibido, dándose por completamente satisfecha, y formalizando á favor del acreedor el resguardo competente con renuncia de las leyes de la entrega y demás; que al día siguiente se dirigió una circular á los corresponsales, participándoles que D. Enrique de Alcaraz retiraba su nombre y participación de los negociós de la casa, y que ésta, que desde aquel momento se constituía bajo la razón social de Hijos de D. Manuel Martínez Caro, quedaba formada por D. Emilio, D. Manuel y D. Joaquín Martínez Cardenete y D. Bonifacio Sola Sargatal; que al vencimiento de los primeros siete plazos, conviniendo á Doña Trinidad enajenar una de las fincas hipotecadas para hacerle pago, obtuvo de Alcaraz que le cancelara la hipoteca respecto á aquella finca, la cual fué vendida, percibiendo Alcaraz su importe en pago del mencionado plazo y parte del segundo; que vencido éste, mediaron contestaciones para su pago, que dijo Doña Trinidad no poder verificar por falta de dinero; proponiéndole verificarlo con fincas de las hipotecadas, proposición que aceptó Alcaraz siempre que fueran sustituídas por otras; observación que dió lugar á nuevos disgustos aumentados por la circunstancia de haberse enterado D. Enrique de que la casería de la Esperanza estaba anteriormente hipotecada en 7.000 pesetas, y que además Doña Trinidad había vendido otros bienes; que esto decidió á D. Enrique Alcaraz á entablar la demanda ejecutiva de que se ha hecho mérito, durante la cual mediaron nuevas proposiciones conciliatorias sin resultado; habiendo concedido una prórroga para el pago, sin perjuicio de que se dictara sentencia de remate, y antes de que transcurriera, supo que se le iba á demandar para que se declarase nula la obligación hipotecaria de la escritura de 2 de Septiembre, como había tenido efecto; que en la escritura mencionada no se hizo más que consignar un contrato válido, adornado de todos los requisitos necesarios para tener fuerza obligatoria; que si bien la entrega de la cosa era requisito esencial para el contrato de préstamo, no había necesidad de que fuera material, bastando la tradición fingida, llamada en el derecho *brevi manu* que era la que había tenido lugar; que la misma obligación fué debida á una causa lícita, cual era el convenio que los hermanos políticos de D. Enrique Alcaraz celebraron con su madre; que la ley de Partida que trata del dinero no contado, fué virtualmente derogada por la del Ordenamiento de Alcalá, que consignó el principio de que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, queda obligado; y hasta por la 2.ª, tít. 16, libro 11 de la Novísima Recopilación, que estableció para los contratos el principio de verdad sabida y buena fe guardada, que aun suponiendo válida la ley de Partida, su precepto sería aplicable á los documentos privados, pero de ninguna manera á los créditos consignados en escritura pública, y aun en este caso, no tendrían aplicación la acción y excepción contenidas en la misma, por haber sido renunciadas por Doña Trinidad Cardenete; sin que á ello obstara la opinión de tratadistas, porque no tenía fuerza legal; que tampoco podía utilizar Doña Trinidad la acción entablada, aun sin haber hecho aquella renuncia, porque con su conducta posterior, pagando el primer plazo y parte del segundo, y solicitando moratorias para los demás,

había ratificado la expresada obligación en términos que no dejaban lugar á duda; y que al otorgar la escritura hipoteca y no manifestar la carga que tenía una de las fincas hipotecadas por todo su valor, quedó obligada á subsanar este perjuicio, ampliando la hipoteca sobre otros bienes; terminando por todo ello con la pretensión de que se le absolviera de la demanda, imponiendo á la demandante perpetuo silencio y las costas, declarando juntamente que aquélla estaba obligada á ampliar al demandado por la suma de 7.000 pesetas, imponiéndola sobre otros bienes libres, la hipoteca que le constituyó en la escritura de 2 de Septiembre de 1886 sobre la casería nombrada de la Esperanza, término de Loja, que presentó como libre, y luego había resultado hipotecada anteriormente por dicha cantidad, condenándose por consiguiente á Doña Trinidad á que lo verificara, pues al efecto se la reconvenía:

Resultando que reproducidas por las partes sus alegaciones y pretensión en los escritos de réplica y dúplica, recibido el pleito á prueba, se practicaron las de testigos y documentos que las partes articularon, y llamados los autos á la vista, y ocurrido para este tiempo el fallecimiento de Doña Trinidad Cardenete, se acordó y tuvo efecto la citación de sus herederos:

Resultando que D. Joaquín Martínez Cardenete se personó en forma y se le tuvo por parte, compareciendo también en su calidad de heredera Doña Demetria Martínez Cardenete, con licencia de su marido, allanándose á la reconvención propuesta por éste, y desistiendo y apartándose de la demanda deducida por Doña Trinidad Cardenete; y no habiendo comparecido los demás herederos, á instancia de D. Enrique Alcaraz, se tuvo por acusada la rebeldía, respecto á la reconvención del demandado, y por desistidos de la demanda interpuesta por Doña Trinidad Cardenete:

Resultando que acordado para mejor proveer que las partes formularan de una manera concreta y precisa las reclamaciones respectivas, como consecuencia del fallecimiento de Doña Trinidad Cardenete, lo cual fué objeto de una protesta por parte de D. Enrique de Alcaraz, las consignó éste manifestando: primero, que se declarase cuanto había solicitado en su contestación y reconvención, dúplica y conclusiones; y segundo, que aceptaba el procedimiento en el estado en que se encontraba, por lo que debía tenerse presente para definitiva el proveído en que se declaró rebeldes á los herederos de Doña Trinidad, en cuanto á la reconvención, por haber sido consentido, y el en que á instancia de Doña Demetria Martínez se le tuvo también por separado de la demanda y por allanada á la reconvención:

Resultando que D. Joaquín Martínez Cardenete consignó sus pretensiones, manifestando que eran: primero, que se declarara nulo el contrato de préstamo hipotecario que aparecía de la escritura de 2 de Septiembre de 1886, en razón á que no había asistido la entrega de la cosa prestada, requisito esencialísimo y *sine qua non* de los contratos de esta clase, cuya falta de entrega estaba plenamente probada por lo establecido en los hechos del escrito de contestación á la demanda; segundo, que por carecer de finalidad jurídica, se declarase también nula dicha escritura y se dirigieran los oportunos mandamientos al Registro de la propiedad, para que cancelara las inscripciones hipotecarias verificadas á virtud de aquella escritura; y tercero, que se impusieran todas las costas de este pleito á la parte demandada:

Resultando que dictada sentencia por el Juez de primera instancia, que fué notificada personalmente á los herederos declarados rebeldes, para omitir el trámite de publicación en los periódicos oficiales, interpusieron apelación de ella D. Joaquín Martínez Cardenete y D. Enrique Alcaraz, y remitidos los autos á la Audiencia de Granada, sustanciada la instancia,

la Sala de lo civil dictó sentencia en 10 de Junio de 1890 absolviendo á D. Enrique de Alcaraz y Jurado de la demanda deducida por Doña Trinidad Cardenete y Blázquez, y ratificada y sostenida por su fallecimiento por su hijo y heredero D. Joaquín Martínez Cardenete, condenando á éste, á D. Emilio y D. Manuel Martínez Cardenete; á D. Bonificio Sola Sargatal, padre y representante de Doña Trinidad, Doña Rosario y D. José Ramón Sola y Martínez, y á D. Aurelio Chamorro Castaño y D. Julián Cerezo García, maridos respectivamente de Doña Concepción y Doña Dolores Sola y Martínez, á que amplíen en cantidad de 7.000 pesetas la hipoteca constituída en escritura de 2 de Septiembre de 1886 sobre la casería de la Esperanza, ampliación solicitada por D. Enrique de Alcaraz por vía de reconvención, sin hacer expresa condenación de costas de primera instancia, y condenando en las de la segunda á D. Joaquín Martínez Cardenete y á los demás citados rebeldes; teniéndose á Doña Demetria Martínez Cardenete de Alcaraz por desistida y apartada de la demanda, y por conforme y allanada á la reconvención, confirmando la sentencia apelada en lo que con aquella fuese conforme, y revocándola en lo que no lo fuese:

Resultando que D. Joaquín Martínez Cardenete ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º Las leyes 1.ª, tít. 1.º de la Partida 5.ª, y 1.ª, tít. 16, libro 3.º del Fuero Real, según las cuales el préstamo es un contrato por virtud del cual el mutuante entrega al mutuario una cosa que la hace suya con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, denominándose real, porque, como decía la citada ley 1.ª de Partida, para el señorío de la cosa al que es dada por préstamo, de modo que para que éste exista era necesario que hubiera tradición ó entrega de la cosa; y la sentencia, sin embargo de afirmar que no fué efectiva la entrega de la cantidad que en la escritura de 1886 se decía prestada, absolvía de la demanda al supuesto prestamista, y condenaba á los herederos de la supuesta prestataria á la ampliación de la hipoteca constituída para garantir el fingido préstamo:

2.º La doctrina consagrada entre otras sentencias por las de 31 de Octubre de 1865, 26 de Mayo de 1866 y 21 de Marzo de 1884; la primera de las cuales declara que los contratos simulados, ó sea celebrados con causa falsa, son contrarios á la ley; la segunda resuelve que un contrato simulado no confiere derechos ni puede surtir efecto alguno legal; y la tercera establece que son nulos y están por consiguiente destituídos de fuerza civil de obligar los contratos simulados ó falsos; toda vez que la sentencia, reconociendo expresamente la simulación del préstamo, atribuía valor y eficacia á un contrato que ni confirió derechos ni pudo surtir efecto alguno legal:

3.º Y, por último, la regla 17, tít. 34 de la Partida 7.ª, que preceptúa: que ninguno debe enriquecerse torticeramente en daño de otro; y la doctrina que establecen las sentencias de 15 de Octubre de 1856, y 12 de Julio de 1863, en la primera de las cuales declara este Supremo Tribunal que lo que ante todo hay que acreditar para que la citada regla sea aplicable, es que uno se ha enriquecido y en qué cantidad; y en la segunda, que lo ha sido en daño de otro; toda vez que apareciendo de un modo indudable que D. Enrique de Alcaraz cobró de Doña Trinidad Cardenete 5.807 pesetas 25 céntimos con intereses correspondientes al primer plazo de un préstamo que no había hecho, era claro á todas luces que se había enriquecido torticeramente en daño de la supuesta prestataria; y que la sentencia recurrida cometía la infracción indicada, por cuanto legitimaba el enriquecimiento torticero al conceder eficacia á un préstamo cuya simulación aparecía evidente, é incurría al apreciar las pruebas en error de hecho y de

derecho, resultando este último de documentos y autos auténticos que demostraban la equivocación evidente de la Sala sentenciadora.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que si bien es cierto que los contratos sin causa, á los cuales se equiparan los celebrados con causa falsa ó simulada, no producen efecto alguno, lo es también que la simple expresión de una causa inexacta ó falsa hecha por las partes al otorgar el contrato, no lo anulan, siempre que resulte fundado en otra, que aun cuando distinta de la expresada sea verdadera y lícita, porque en tal caso, siendo tan sólo aparente la falta de causa, resultan eficaces las obligaciones contraídas por los interesados con pleno conocimiento de la verdad:

Considerando que aun despojado el contrato de 1886 del carácter de préstamo mutuo que se le dió, más inexacta que falsamente, quedaría fundada la obligación en él contraída por Doña Trinidad Cardenete en la causa por ella misma alegada; porque si estimulada por el deseo de facilitar generosamente, la transacción concertada entre sus hijos para terminar el juicio de testamentaría del padre común, intervino en dicho acto afianzando primeramente el pago de la cantidad ofrecida á D. Enrique de Alcaraz, como marido de Doña Demetria Martínez, por los demás hijos y herederos, y si más tarde por haber aceptado á instancia de éstos la responsabilidad directa del pago que anteriormente habían afianzado contrajo la obligación cuya nulidad se pretende, manifiesta es la existencia de una causa verdadera y lícita, por serlo conforme á derecho, de las obligaciones liberal y desinteresadamente contraídas, la propia liberalidad del obligado:

Considerando que, como se deduce de los anteriores fundamentos, no se han infringido las leyes en que se define el contrato de préstamo, invocadas en el primer motivo del recurso, por ser en rigor inaplicables una vez conocida la verdadera causa del acto controvertido; ni la doctrina legal invocada en el 2.° por referirse á los casos en que interviene causa ilícita ó falsa, pero sin la concurrencia de otra verdadera; ni, en fin, la regla 17 del derecho, que se aduce en apoyo del tercer motivo, porque no se enriquece torticeramente el que por justo título percibe aquello que le es debido;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Joaquín Martínez Cardenete, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 14 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* del 27 del mismo mes y año.)

73

RECURSO DE CASACIÓN (14 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Rafael Llacer en pleito con la Compañía de los ferrocarriles Andaluces (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que estableciendo la Sala sentenciadora que no se ha acreditado la legitimidad de unas obligaciones hipotecarias presentadas por el demandante, no infringe el art. 604 de la ley de Enjuiciamiento civil, si el demandado no ha reconocido la autenticidad de aquéllas y el actor no ha intentado demostrarla por medio de la confrontación con los libros talonarios de que proceden ó del cotejo de letras, como ha debido verificarlo, con arreglo al art. 606, por tratarse de documentos de carácter privado.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Marzo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtnd de recurso de casación par infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de la zona del Centro de esta capital, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma, por D. Rafael Llacer y Cantó, de oficio zapatero, de esta vecindad, representado por el Procurador D. Luis de Figuerola, y defendido por el Licenciado D. Luis Martorell, con la Sociedad anónima domiciliada en esta corte, denominada Compañía de los ferrocarriles Andaluces, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, bajo la dirección del Letrado D. Pedro Díaz Cassou, sobre pago de pesetas:

Resultando que por escritura de 28 de Enero de 1869 la Sociedad minera constituída en esta corte bajo la denominación Fusión Carbonífera y Metalífera de Belmez y Espiel, y once acreedores hipotecarios de la Fusión, enajenaron y cedieron en pleno y absoluto dominio á la Sociedad anónima Carbonera Española de Espiel y Belmez diferentes minas de que se hizo mérito, en términos de Belmez, Espiel, Fuenteovejuna y Montoro, así como las herramientas y materiales existentes en las mismas, y varias fincas rústicas y urbanas, bajo las condiciones, entre otras: 16, que la Sociedad cesionaria se obligaba á satisfacer con los bienes que se la cedían como más valor en precio de la cesión y en tercer lugar mediante imposición de hipotecas sobre todas las minas en la escritura relacionadas, un canon ó renta perpetua de 200 milésimas de escudo (50 céntimos de peseta) por cada tonelada métrica de carbón; igual cantidad por cada tonelada métrica de mineral que se extrajera de las minas de hierro, y 600 milésimas de escudo (1,50 pesetas) por cada tonelada métrica de mineral plomizo; y si éste contuviera plata en más de media onza en quintal de mineral, debería aumentarse el canon del grupo de minas de donde procediera en el 20 por 100 de valor que á la Sociedad adquirente se le abonase por la plata en la venta respectiva; 17, que el canon ó renta perpetua constituída por la clásula anterior debería ser representado por 14.062 obligaciones hipotecarias al portador, con un valor nominal de 100 escudos (2,50 pesetas) cada una, de las que 10.000 se impondrían sobre las minas de carbón, 700 sobre las de hierro y 3.362 sobre las de plomo, debiendo entregarse de todas ellas por la Sociedad adquirente á la cedente 5.040 de las que pesaban sobre las minas de carbón, 140 de las que pesaban sobre las de hierro, y 612 de las que pesaban sobre las de plomo, que hacían en junto 5.792, en virtud del aumento proporcional hecho sobre las 388 obligaciones de plomo, 112 sobre las de hierro consignadas en el convenio, á consecuencia del aumento hecho únicamente sobre la totalidad de cada una de dichas clases en las obligaciones que pasaba á emitir la Sociedad Carbonera Española, y no obstante el error material cometido en la escritura de fundación de esta última Sociedad de 29 de Diciembre último, respecto á las que sobre el plomo debía entregar á la referida Sociedad Fusión; quedando las restantes á disposición absoluta de la Carbonera Española para atender al pago de las minas, cuyo precio no estaba todavía satisfecho por la Sociedad Fusión, así como para las demás atenciones de aquélla ó usos que la convinieran; 18, que las obligaciones hipotecarias que se emitieran estarían arregladas á un modelo que las dos partes aprobarían de común acuerdo, y serían firmadas por uno de los individuos de la Sociedad adquirente en representación de la misma ó por su Director, y por otra persona en nombre y delegada por la representación que entonces tenía ó á la sazón tuviera la Fusión, como obligada la primera al pago del canon y la segunda á la puntual distribución de su importe; pudiendo desde luego expedirse documentos provisionales, y en ningún caso se podrían reclamar ni expedir duplicados de éstos ni de las obligaciones; 19, que las obligaciones hipotecarias serían amortizadas una vez al año por subasta hasta el número de

las mismas que contando desde luego tipos más bajos á que éstas fueran ofrecidas, alcanzase al fondo destinado á esta operación, el cual consistiría en una cantidad igual á la décima parte por lo menos del importe total del canon en el año próximo anterior, publicándose para ello con antelación el oportuno anuncio; que respecto á las obligaciones que se fueran amortizando, la Sociedad adquirente ó quien les sucediese se subrogaría en todos los derechos, acciones y participaciones que corresponderían á las obligaciones amortizadas, si no las tuvieran, excepto en el de concurrir al nombramiento de Interventor, de que se hablaría más adelante; 20, la hipoteca estipulada para seguridad del canon se inscribiría desde luego en el Registro de la propiedad respecto de todas las minas que en la actualidad tenían ya título, y lo mismo practicaría la Sociedad adquirente con las demás minas transmitidas por aquel contrato dentro de treinta días después de obtener cada título y toma de posesión; y 21, que con objeto de garantizar con un límite fijo mínimo la percepción por los tenedores de las obligaciones del canon que á su favor les reconocía la Sociedad adquirente, ésta se obligaba á explotar en el segundo año, á contar desde la fecha de aquella escritura, 20.000 toneladas de carbón, que se elevarían á 30.000 anuales en el siguiente y los sucesivos:

Resultando que las casas Hijos de Manuel Agustín Heredia Larios y Loring vendieron en absoluto dominio por escritura de 30 de Julio de 1882 á la Compañía de los ferrocarriles Andaluces todas las minas, derechos, registros y demás que aquéllas habían adquirido en Belmez y Espiel, de la Sociedad Carbonera Española, con más las que posteriormente se habían adquirido ó registrado, consignándose entre otras condiciones, que la Compañía reconocía y aceptaba las cargas hipotecarias de las 14.062 obligaciones que afectaban solamente á las minas procedentes de la Fusión Carbonífera trasmitidas á la Carbonera y por ésta á las casas vendedoras, cuya hipoteca no constaba inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que en 2 de Abril de 1888 se celebró por la Compañía de los ferrocarriles Andaluces una subasta para la amortización de obligaciones, quedando amortizadas 399 por 22.940 pesetas, habiéndose consignado las protestas de los proponentes D. Martín Bayord y D. Francisco J. Jansás, cuyos pliegos fueron desechados por contraerse el acto solamente á las minas de carbón; y en 16 de Julio del propio año tuvo lugar otra subasta para la amortización de obligaciones correspondientes á las minas de plomo en Fuenteovejuna y Montoro, en cuyo acto los mismos Bayord y Jansás retiraron los pliegos, protestando por qué había de pagarse antes que nada el canon, y otros extremos en que fundaron su protesta, quedando amortizadas las obligaciones presentadas por D. Enrique García Manfredi:

Resultando que en 26 de Junio de 1888 D. Rafael Llacer y Cantó dedujo la demanda objeto de estos autos, en la que después de hacer mérito de la escritura de 1869, y de que las minas habían sufrido posteriormente otras traslaciones de dominio de igual índole, poseyéndolas á la sazón la Compañía de los ferrocarriles Andaluces, que se había subrogado en los derechos y obligaciones que en su día tuvo la Sociedad Carbonera Española de Espiel y Belmez, expuso: que las obligaciones de pago de canon y amortización no se habían cumplido ni se cumplían por la Compañía demandada en lo que afectaba á las minas de plomo que antes fueron de la Carbonera Española, á pesar de que la misma Compañía había reconocido, en pleito seguido contra ella por D. Leopoldo Miguel, que la mina *Vinón,* correspondiente al distrito de Fuenteovejuna, y otra mina correspondiente al de Montoro habían estado produciendo mineral plomizo en cantidad considerable de toneladas, que había sido mucho mayor en lo que hacía referencia á las minas de carbón, respecto á cuyos

productos se fijó también por parte de los obligacionistas hipotecarios el derecho de percibir la cantidad fijada por cada tonelada de mineral extraído, así como el de que fueran amortizadas anualmente y en la forma indicada semejantes obligaciones; que el actor poseía extendidas y suscritas en forma las obligaciones números 10.442 y 10.443, que pesaban sobre las minas de plomo del distrito de Montoro, con sus cupones 25 al 60 y las obligaciones 11.452 y 11.453, de las que pesaban sobre las minas de plomo del distrito de Fuenteovejuna con sus cupones 13 al 60, las cuales presentaba como título de su derecho, en vista del ningún resultado de la conciliación; que no podía, por desconocerla, fijar la cantidad que debía percibir de la Compañía como poseedor de las cuatro obligaciones, y que acumulaba las acciones que la asistían en tal concepto, suplicando por todo ello que se condenara á la Compañía demandada á que le abonara las cantidades correspondientes al tipo de una peseta 50 céntimos, con más el aumento estipulado por la plata que pudiera contener el plomo por cada una de las toneladas métricas de mineral extraído de las minas que pertenecieron á la Carbonera Española y poseía la Compañía, por los semestres transcurridos desde 1.º de Julio de 1882, en lo que se refería á las dos primeras obligaciones que se acompañaban, y por los semestres transcurridos desde 1.º de Julio de 1876, hasta la fecha, en lo que se refería á las dos segundas; á que anunciara las subastas para amortizar las obligaciones que pesaran sobre las minas de plomo, durante todos los años que no se hubiera hecho respecto á las mismas, y en ellas amortizara las que se presentasen al tipo más bajo, en número suficiente para alcanzar al fondo total que á tal amortización debía ser destinado, y á que pagara las costas:

Resultando que la Compañía demandada impugnó la demanda, alegando: que poseía las minas que pertenecieron á la Carbonera Española, habiendo adquirido además otras varias que nada tenían que ver con las que la Fusión vendió á la Carbonera y ésta enajenó posteriormente; que el canon de una peseta 50 céntimos por tonelada de mineral plomizo, pesaba, con arreglo á la escritura citada, sobre las minas que á la Carbonera cedió la Fusión y que en aquélla se relacionaban; que desde 1.º de Agosto de 1882, en que la Compañía adquirió dichas minas, había cumplido puntualmente todas las obligaciones que le incumbían, no alcanzándola responsabilidad alguna por la época anterior, pues no habiendo percibido las utilidades de la explotación que hubiera podido hacerse, mal podía responder del gravamen que sobre tal explotación pesase; que la Compañía ya había satisfecho el canon y amortizado las obligaciones correspondientes á las minas de plomo de Montoro y Fuenteovejuna, y si no lo verificó antes fué por imposibilidad material; pues la explotación de tales minas fué casi nula, y por consiguiente, la cantidad constitutiva del canon había sido tan insignificante que parecía ridículo llamar á los obligacionistas para repartir sumas, que más que beneficios parecían limosnas; que tuvo en depósito lo correspondiente á dicho canon hasta ver si se reunía una suma que permitiera repartir cantidades, aunque pequeñas, no tan ínfimas como quedaba expuesto, y aun antes de llegar á ese punto había anunciado la subasta para amortización y abierto el pago de cupones en cuanto hubo alguien que deseó se diera aplicación á aquellas cantidades; que desde Agosto de 1882 hasta Diciembre de 1887, se habían extraído de las minas de Fuenteovejuna 779 toneladas 486 milésimas, siendo, por tanto, el canon total devengado 1.169 pesetas 25 céntimos; que la Compañía, deseosa de amortizar el mayor número de obligaciones para que éstas cobraran mayor valor, destinó, no el 10 por 100 á que estaba obligada, sino el 50 por 100 del canon total á tal objeto, y el otro 50 por 100 lo dedicó al pago de cupones; que se anunció la subasta y pago en la *Gaceta* de 5 de Julio de 1888,

en cuyo anuncio se destinaron 554 pesetas 62 céntimos á amortización y otras tantas á pago de cupones; y como las obligaciones emitidas sobre la mina de dicho distrito eran 700 y 11 los cupones correspondientes desde 1882 á 1887, resultaba que los 11 cupones de cada obligación sólo habían tocado á 885 milésimas de peseta; y que respecto de las minas de Montoro sucedía lo mismo, puesto que en el período que las poseía la Compañía sólo se habían extraído 137 toneladas 300 milésimas, que daban un canon de 205 pesetas 96 céntimos, de las que se dedicó la mitad á amortización, y la otra mitad á los 11 cupones de las 800 obligaciones emitidas, correspondiendo, por tanto, á los expresados cupones de cada obligación 125 milésimas de peseta:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 26 de Mayo de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, absolviendo á la Compañía de los ferrocarriles Andaluces de la demanda:

Resultando que D. Rafael Llacer y Cantó ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que la sentencia infringe los preceptos contenidos en las leyes 9.ª y 10, tít. 5.º de la Partida 5.ª, en cuanto no obliga á la Compañía demandada á pagar íntegro el canon fijado por cada tonelada de mineral de plomo que constituía el precio de su venta; las reglas 17 y 18 del tít. 34 de la Partida 7.ª, en cuanto que la sentencia estima justo que la Compañía de los ferrocarriles Andaluces se enriquezca adquiriendo para sí, por medio de la amortización, las obligaciones y derechos á ellas consiguientes, y se enriquezca en perjuicio de los poseedores de las obligaciones, puesto que la cantidad que á la amortización dedicaba, la restaba ó la deducía de la que como canon á los mismos obligacionistas debió pagar, y sobre todo, lo establecido por este Supremo Tribunal, sentando jurisprudencia acerca de la interpretación de la escritura origen del derecho de hacer, por medio de la sentencia de 30 de Junio de 1890, según la cual, son cosas completamente distintas el canon ó renta perpetua estipulada como parte del precio y el fondo aplicable á la amortización de las obligaciones hipotecarias que representaban dicha renta perpetua:

2.º Que la sentencia infringe la ley 35, tít. 11 de la Partida 5.ª, en cuanto previene que toda obligación que deba cumplirse en día fijo y determinado, fijado por las partes, debe ser en tal día exigido y llevado á efecto, debiendo en otro caso pechar el obligado la peña á que con el incumplimiento se hizo acreedor, á pesar de lo que la sentencia estimaba que la Compañía cumplió como era debido una obligación que era pagadera los días 1.º de Enero y 1.º de Junio de cada año, á partir desde 1871, y no fué pagada hasta el 20 de Junio del año próximo pasado, después de celebrado el juicio de conciliación que precedió á este pleito, y sobre todo después de incoada la demanda:

3.º Que la sentencia infringe lo dispuesto por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de Enero de 1866, 5 de Mayo de 1873, 22 de Abril de 1876, 27 de Febrero y 25 de Octubre de 1878 y 30 de Junio de 1890, que disponen que cuando la significación de un contrato se deduce de un modo liso y llano de sus cláusulas, no debía el Tribunal sentenciador darle interpretaciones que no cabían y que alteraban su sentido literal y estricto, toda vez que siendo claro el contexto del contrato que creó las obligaciones hipotecarias, y estableció á favor de sus poseedores dos obligaciones distintas, una la de pagar canon al tipo establecido, y otra la de amortizar tales obligaciones, el Tribunal sentenciador se permitía interpretaciones, y afirmaba, separándose de la significación estricta y lisa, que el canon estaba designado, no sólo al pago, sino también á la amortización:

4.º Que la sentencia ha infringido la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sus decisiones de 18 de Septiembre de 1863, 16 de Noviembre de 1870 y 23 de Febrero de 1871, que previenen que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo á las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, toda vez que la sentencia, no teniéndolo así en cuenta y prescindiendo en absoluto de la cláusula 21 del contrato, había creído que la Compañía demandada cumplía dedicando á pagar canon unas pocas pesetas para las obligaciones que pesaban sobre un grupo de minas que habían producido unas pocas cantidades de mineral, sin tener en cuenta que la cláusula 16 creó tal división al solo efecto del aumento de canon que la plata extraída produjera, pero no para otra cosa:

5.º Que en el caso de que no se estimaran ninguno de los motivos alegados, porque el Tribunal sentenciador no había estimado demostrada la legitimidad de las obligaciones que como base de su derecho presentó D. Rafael Llacer al incoar la demanda, el fallo incurría en error de derecho al estimar insuficientes los medios de prueba realizados durante el pleito para demostrar la legitimidad de las obligaciones, porque semejantes medios de prueba eran más que suficientes y necesarios con sujeción á los preceptos de los artículos 604, caso 2.º, y aun el 1429, caso 5.º de la ley de Enjuiciamiento civil, relacionados con el 549 de la misma ley, desde el momento que la legitimidad de tales obligaciones había sido reconocida por el Procurador D. Luis Lumbreras, á nombre de la Compañía de los ferrocarriles Andaluces, de un modo implícito en el ingreso y en el hecho tercero del crédito de contestación á la demanda, y aun en el requerimiento que durante la tercera instancia se entendió con el Procurador D. Luis Lumbreras, y desde el momento, sobre todo, en que ni tales obligaciones habían sido de adverso redargüidas de falsas, ni acerca de semejante extremo se había formulado de adverso pretensión de ninguna clase;

Y 6.º Y en igual concepto que el anterior, y por el deseo de prever todas las contingencias, que el fallo incurre, al apreciar las pruebas, en error de hecho resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, toda vez que de los fehacientes que obraban á los folios 31, 235, 517 vuelto, 521 vuelto y 526 vuelto, resultaba que la Compañía, lejos de cumplir con las indicadas obligaciones, había sólo pagado la mitad de las 600 milésimas que correspondían como canon por cada tonelada métrica de mineral extraído, y lo había pagado considerando como extraídas millares de toneladas de mineral, menos de las que realmente se extrajeron, sin que cupiera, para destruir la eficacia de este fundamento, la alegación de que pudo muy bien la Sala no conceder valor probatorio á tales documentos, porque entonces se habrían infringido las disposiciones legales que se lo conceden, y se hallan en los artículos 578, caso 2.º, 596, párrafos primero y séptimo, y 597, reglas 2.ª, 3.ª y 4.ª de la ley de Enjuiciamiento civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la sentencia, al establecer que no se ha acreditado la legitimidad de las obligaciones hipotecarias presentadas por el demandante, no incurre en el error de derecho que se supone en el motivo 5.º del recurso, ni infringe el art. 604 de la ley de Enjuiciamiento civil, único entre los citados en dicho motivo que pudiera invocarse con éxito, porque ni la Compañía de los ferrocarriles Andaluces en el escrito de contestación á la demanda, ni el individuo del Consejo de administración que declaró en el período de prueba, ni el Procurador de la Compañía, en virtud del requerimiento que se le hizo en segunda instancia, han reconocido en manera alguna la autenticidad de tales obligaciones, lo cual no ha intentado

demostrar el recurrente por medio de la confrontación con los libros talonarios de que, según se dice, proceden, ó del cotejo de letras, como ha debido verificarlo, con arreglo al art. 606 de la ley, por tratarse de documentos de carácter privado:

Considerando que no habiéndose probado la legitimidad de las obligaciones, faltan el título para pedir y la base de la demanda, subsistiendo por este solo fundamento la resolución impugnada, sin que sea necesario ocuparse de ningún otro de los que contiene, ni de los demás motivos alegados por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Rafael Llacer y Cantó, á quien condenamos, por razon de depósito, al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. —(Sentencia publicada el 14 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 27 del mismo mes y año.)

74

Recurso de casación (14 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Validez de contrato.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Antonia Zuazo en pleito con Doña Adela Ramírez (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no puede alegarse con éxito error de derecho en la apreciación de la prueba, cuando lo deriva el recurrente de hechos que la Sala sentenciadora no estima probados:

Que no pueden ser ventiladas en casación excepciones que no han sido oportunamente alegadas y discutidas en el pleito:

Que la doctrina de que los contratos bilaterales dejan de ser obligatorios para una de las partes cuando la otra falta á lo convenido en ellos, se refiere á la falta absoluta de cumplimiento:

Que la sentencia cuya parte dispositiva se ajusta á los términos de la demanda, no infringe las leyes 5.ª y 15, tít. 22, Partida 3.ª, y el art. 359 de la de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distito del Centro de esta corte y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, por Doña Adela Ramírez de Arellano y Zuazo, autorizada para litigar con su marido D. Carlos Navarro Rodrigo, con su madre Doña Antonia Zuazo y Ramírez de Arellano, ambas propietarias y vecinas de esta corte, sobre validez de un contrato, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la demandante, y en su defensa y representación por el Letrado D. Jualián Morales y Gutiérrez y el Procurador D. Antonio Fernández Campos, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Antonio Maura y el Procurador D. Julián Muñoz:

Resultando que D. Manuel Ramírez de Arellano y Gutiérrez falleció en esta corte en 15 de Marzo de 1885, bajo testamento en que legó á su esposa Doña Antonia Zuazo el quinto de sus bienes, instituyó heredera á la hija de ambos Doña Adela, y nombró albaceas á los dos y á un Letrado juntos é *insolidum*, y habiendo presentado la viuda Doña Antonia Zuazo á la aprobación judicial las operaciones de partición del caudal dejado por su marido, se opuso á tal aprobación y formalizó después la oposición correspondiente la hija Doña Adela, autorizada al efecto por su marido Don

Carlos Navarro Rodrigo, pidiendo la celebración de la Junta prevenida en el art. 1086 de la ley procesal:

Resultando que el Juez de primera instancia del Centro, á quien correspondió el conocimiento del asunto, señaló día para la celebración de la junta, que se suspendió hasta que por cualquiera de las partes que se hallaban en vías de transacción se volviera á solicitar, constando en autos que por documento privado fechado en esta corte á 2 de Julio de 1887 y autorizado con las firmas de Doña Antonia Zuazo, de Doña Adela Ramírez de Arellano y de sus respectivos Letrados, se convino literalmente: primero, transigir todas las cuestiones iniciadas con ocasión de las operaciones de testamentaría de D. Manuel Ramírez de Arellano en la siguiente forma; segundo, la casa, calle del Olivar, núm. 12, para Doña Antonia Zuazo, y la de la calle de Eguiluz, núm. 4, para Doña Adela Ramírez de Arellano; tercero, el pago de la deuda á favor de D. Carlos Ramirez de Arellano será de cuenta de Doña Adela, y el pago de la deuda á favor de D. José Liguer será de cuenta de Doña Antonia, cancelando la hipoteca de la casa calle de Eguiluz; cuarto, la casa calle de Eguiluz pasa á poder de Doña Adela, bajo la condición precisa de que la administración y disfrute de la misma han de corresponder exclusivamente á ella, supuesto el carácter parafernal que tiene; quinto, quedan terminadas todas las cuestiones, y se entiende ultimada la testamentaría, no pudiendo ninguna de las dos señoras firmantes hacer reclamación alguna que no sea para el cumplimiento de esta transacción; constando también en autos que por escritura pública de 30 de Mayo de 1888, Doña Antonia Zuazo entregó á D. Carlos Ramírez de Arellano 30.000 pesetas y los réditos debidos, cuya cantidad había sido prestada á Doña Antonia, con licencia de su difunto marido D. Manuel Ramírez de Arellano:

Resultando que habiendo solicitado Doña Antonia Zuazo en las diligencias de testamentaría susodichas, el señalamiento de nuevo día para la celebración de la Junta suspendida, se acordó así por el Juzgado, de cuyo proveído pidió reforma Doña Adela Ramírez de Arellano, fundada en el documento privado de transacción que se deja transcrito, y negada la reforma por auto de 14 de Mayo de 1888, que fué confirmado por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia en 14 de Noviembre siguiente, se señaló día en su cumplimiento para la celebración de la junta acordada:

Resultando que en tal estado entabló Doña Adela Ramírez de Arellano, en 31 de Enero de 1889, la demanda de este pleito con la solicitud de que se declarase en su día válido y eficaz el contrato privado de 2 de Julio de 1887, condenando en su consecuencia á Doña Antonia Zuazo á que otorgara la correspondiente escritura de particiones con estricta sujeción al mismo; diciendo al efecto, después de hacer mención de los antecedentes referidos, que por el citado convenio de 2 de Julio de 1887 habían quedado transigidas y resueltas todas las cuestiones de la testamentaría, y sólo cabía tratar del cumplimiento del mismo, y que era de estricta aplicación al caso la ley del contrato, y la 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Resultando que Doña Antonia Zuazo impugnó esta demanda diciendo que en armonía con lo pactado en el contrato privado invocado por la demandante, se encargó ésta desde luego de la administración de la casa calle de Eguiluz; pero que habiendo pretendido después que se otorgara una escritura por la que se le permitiera disponer libremente de la finca, se resistió á ello la alegante, conviniendo ambas en reputar nulo, ineficaz y como no hecho aquel documento, y en que la madre continuara abonando á la hija la pensión que de antiguo le tenía asignada y religiosamente le venía entregando; en tal estado las cosas, se reclamó por D. Carlos Ramírez de Arellano el pago de las 30.000 pesetas del crédito á su favor, que, á

subsistir la transacción susodicha, debía haber pagado Doña Adela; pero anulada aquélla lo pagó su madre la alegante, según constaba de la escritura que acompañaba y que se deja ya referida; que, por lo tanto, por la voluntad libérrima de Doña Adela, con aquiescencia de su madre, quedó disuelto el convenio de 2 de Julio de 1887, suscrito con el único y exclusivo objeto de evitar las enojosas cuestiones surgidas entre dos personas tan íntimamente ligadas por los vínculos de la sangre; que en cuanto á los fundamentos de derecho invocados en la demanda, tenía que observar que este Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de Julio de 1880, declara que sólo es aplicable la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación cuando se impugna el contrato por falta de solemnidades externas y no cuando los interesados se hallan conformes en su existencia y cuestionan sobre la extensión, valor y eficacia de las obligaciones contenidas en el mismo; y que la ley 2.ª, tít. 10, libro 3.º del Fuero Real, establece que el mutuo disenso extingue las obligaciones consensuales:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron ambas partes en sus respectivas alegaciones, y recibido el pleito á prueba se utilizó por la demandada Doña Antonia Zuazo la de posiciones, que formuló en número de siete, preguntando en la quinta, como era cierto que persistiendo Doña Adela en cierta pretensión y ella en su oposición, convinieron ambas en reputar nulo, ineficaz y como no hecho el documento suscrito en 2 de Julio, que no rompieron materialmente por obrar en poder del contador partidor, y que Doña Antonia continuase abonando á la declarante la pensión que de antiguo le tenía asignada, á la cual contestó Doña Adela que no era cierto; reconociendo después como cierta la posición séptima, en que se dice literalmente, como lo era, por último, en el supuesto de estar extinguida por el mutuo disenso la obligación de 2 de Julio, al pretender D. Carlos Ramírez de Arellano el pago de las 30.000 pesetas del crédito á su favor que conforme á ella debía satisfacer la declarante, instó ésta á Doña Antonia para que lo pagase sin dar lugar á reclamaciones judiciales:

Resultando que en 31 de Marzo de 1890 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, sentencia revocatoria, declarando firme y subsistente en relación con los hechos aducidos en este pleito el convenio privado efectuado en 2 de Junio de 1887 entre Doña Antonia y Doña Adela Ramírez de Arellano, y mandando, en su virtud, que las estipulaciones de dicho convenio sean cumplidas por ambas partes, sin hacer especial condenación de las costas de ambas instancias:

Resultando que Doña Antonia Zuazo y Ramírez de Arellano interpuso recurso de casación, considerándolo comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º Porque en la apreciación de las pruebas incurre la sentencia en error de derecho y en virtud de él en la infracción, en las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 7.º, libro 2.º del Fuero Real, y 2.ª y 4.ª, tít. 13 de la Partida 3.ª; de los principios de derecho *confessus quo dammodo sua sententia damnatur* y *confessus projudicato habetur;* y de las doctrinas de jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 21 de Septiembre de 1859, 25 de Junio de 1861, 2 de Octubre de 1876 y 18 de Noviembre de 1887, diciéndose en esta última que, absueltas posiciones, procede lo reclamado en todo lo que el que las absuelve, reconoce y afirma, y no en lo que desconozca ó niegue, si no lo prueba, en el concepto de que, hallándose la prueba de la ineficacia del convenio de 2 de Julio por el mutuo disenso, en lo declarado por Doña Adela Ramírez de Arellano al absolver la séptima posición, la sentencia funda su fallo condenatorio en la negativa de otra posición anterior, después de reconocer en el primer considerando que la confesión había sido la única prueba practicada en el pleito á dicho propósito, estribando, por tanto, el error de derecho en no dar á la confe-

sión hecha en juicio, no obstante reunir las circunstancias que jurídicamente se requieren, el mérito de la prueba plena y acabada con infracción notoria de las leyes, principios legales y doctrinas de jurisprudencia citados, y muy especialmente en otorgarle en el particular que no le tiene; pues la ley 4.ª, tít. 13, Partida 3.ª, concordante con la 2.ª, tít. 7.º, libro 2.º del Fuero Real, enumera entre los requisitos y circunstancias que precisa la confesión judicial para tener daño á aquel que la face é pro á su contrario que la fague contra sí; ca si él conosciesse cosa que fuesse su pro, non temía daño á su contendor si no lo non provasse; siendo evidente la razón de éste, porque si la conoscencia es respuesta de otorgamiento que hace una parte á otra en juicio, si no es como el juramento decisorio de prueba en favor del que declara, y si tiene por único y exclusivo objeto sacar de las respuestas del confesante la prueba que se necesita para librar el pleito en lo que declare á su favor, no le aprovecha á menos que lo pruebe, siendo valedera únicamente en lo que le perjudique:

2.º Porque la sentencia infringe también la jurisprudencia sancionada por este Tribunal Supremo en diferentes resoluciones, entre otras en las de 24 de Diciembre de 1866, 21 de Enero de 1867 y 8 de igual mes de 1874, de que los contratos bilaterales dejan de ser obligatorios cuando una de las partes falta á lo convenido en ellos, como dejan de serlo todos aquellos de que nacen obligaciones recíprocas, toda vez que Doña Adela Ramírez de Arellano tenía el deber ineludible, conforme al convenio, de satisfacer á D. Carlos Ramírez de Arellano las 30.000 pesetas de su crédito, y al no hacerlo, y antes por el contrario instar y conseguir que su madre lo verificase, dato inequívoco de la revocación que se ha querido hacer valer, se incapacitó para interesar el cumplimiento de dicho convenio, sin que estorbe para su aplicación á este pleito lo que se decidiera resolviendo otro muy distinto por la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1881, citada en la recurrida, porque en rigor al contrato de 2 de Julio tiene un solo pacto, y si fraccionándole se le hiciere aparecer con dos ó más, como ni en todo ni en parte los ha cumplido la demandante, lo cual exige la sentencia citada para que no prevalezca la doctrina invocada en este motivo, resultaría también infringida en tal supuesto, al prescindirse de ella; pero que, como lo sustantivo del convenio fué dar por terminada la testamentaría de D. Manuel Ramírez de Arellano, pasando una casa á poder de Doña Antonia y otra al de su hija, con obligación en ésta de pagar la deuda á favor de D. Carlos Ramírez de Arellano y la condición precisa de administrarla como parafernal, y el deber de aquélla de satisfacer el crédito de D. José Liguer, era evidente que quedó destruída la transacción desde el punto y hora en que pagó Doña Antonia, á gestión é instancia de su hija Doña Adela, lo que no le incumbía satisfacer;

Y 3.º Por la infracción de las leyes 5.ª y 15, tít. 22 de la Partida 3.ª del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, y de la doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo, entre otros fallos, en el de 31 de Enero de 1862; en el concepto de que, habiendo pretendido la parte actora en su demanda que se condenase á la demandada, hoy recurrente, á otorgar la correspondiente escritura de particiones con estricta sujeción al contrato de 2 de Julio de 1887, y sin embargo de que las leyes de Partida previenen que señaladamente debe ser escrito en el juicio como quita ó condena al demandado en toda la demanda, ó de cierta parte de ella, y «otrosi non es dado al demandado por quito ó por vencido»; que la ley de Enjuiciamiento civil estatuye que al demandado se le ha de condenar ó absolver decidiendo todos los puntos litigiosos con pronunciamiento especial para cada uno, y que la jurisprudencia sanciona el principio de que se infringen estas leyes cuando no se resuelvan todos los puntos controvertidos absolviendo ó condenando, ni condena á la recurrente al otorgamiento de la

escritura particional con sujeción á dicho contrato, ni le absuelve de semejante obligación.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrinas invocadas en el primer motivo; porque no puede alegarse con éxito error de derecho en la apreciación de la prueba, cuando lo deriva el recurrente de hechos que la Sala sentenciadora no estima probados; y el hecho de haber confesado la recurrida Doña Adela Ramírez de Arellano que el convenio de 2 de Julio de 1887 había quedado sin efecto por el mutuo disenso de las partes, hecho que sirve de fundamento único á este motivo del recurso, está negado por la sentencia que consigna que al contestar la recurrida á la pregunta directa que se le dirigió acerca del mutuo disenso, *lo negó rotundamente;* lo cual está en perfecto acuerdo con lo sostenido en este pleito por parte de Doña Adela:

Considerando que la sentencia no infringe la doctrina invocada en el segundo motivo, porque tal excepción no ha sido oportunamente alegada y discutida en el pleito, porque aun en la hipótesis de que lo hubiera sido, la doctrina que se supone infringida, de que los contratos bilaterales dejan de ser obligatorios para una de las partes, cuando la otra falta á lo convenido en ellos, se refiere á la falta absoluta de cumplimiento, y esta condición no existe aquí; porque el pago de la deuda que, según lo pactado, la recurrida Doña Adela había de hacer al acreedor D. Carlos Ramírez de Arellano, dependía de que se le entregara la casa de la calle de Eguiluz y no se le había entregado, y porque siendo la obligación contraída que el pago de la deuda se hiciera por cuenta de la Doña Adela, á ésta se le había de imputar en todo caso el que hizo la recurrente Doña Antonia Zuazo:

Considerando que la sentencia no infringe las leyes y doctrina que se citan en el tercero y último motivo, porque la parte dispositiva del fallo reclamado que, declarando firme y subsistente el convenio de 2 de Julio, manda que las estipulaciones en él contenidas sean cumplidas por ambas partes, se ajusta á los términos de la demanda, que no tiene otro fundamento que el de hacer efectivos los derechos que nacen de expresados convenios, siendo corolarios del cumplimiento de todo lo pactado el otorgamiento de la escritura particional, condición necesaria para la transmisión legal de los bienes inmuebles;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por Doña Antonia Zuazo y Ramírez de Arellano, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 14 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

75

RECURSO DE CASACIÓN (14 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Filiación y entrega de herencia.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Concepción Torrado y otro en pleito don Doña Matilde Amor (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que el recurso de casación en los casos en que al interesado, que se defiende como pobre, se le nombran Abogado y Procurador de turno, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto.

Resultando que remitidas á este Supremo Tribunal las oportunas certificaciones y el apuntamiento de los autos á fin de que Doña Concepción y D. Constancio Torrado y Seijas, declarados pobres para litigar, pudieron interponer recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia que en 21 de Octubre del año último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, confirmando con las costas la del Juez de primera instancia de Santiago, en pleito con Doña Matilde Amor Seijas y otros, sobre filiación y entrega de herencia, se nombraron á los recurrentes Abogado y Procurador de oficio:

Resultando que en providencia de 15 de Enero último, que fué notificada en el mismo día, se mandaron entregar los autos por el término y á los efectos prevenidos en la ley, y que en 11 de Febrero próximo pasado fueron devueltos con escrito, interponiendo dicho recurso, á cuya admisión se opone el Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Nepomuceno de Undabeytia:

Considerando que el recurso de casación, en los casos como el presente, en que al interesado se le nombran Abogado y Procurador de turno, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto;

Y considerando que el recurso interpuesto en estos autos lo ha sido después de transcurrido aquel término:

Visto lo dispuesto en el citado art. 1713 y en los 1728 y 1729, núm. 1.º, de la propia ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Concepción y D. Constancio Torrado Seijas, á quienes se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido; publíquese este auto en la forma prevenida por la ley, y póngase en conocimiento del Decano del Colegio de Abogados de esta corte.—(Auto fecha 14 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

76

RECURSO DE CASACIÓN (16 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Cumplimiento de contrato.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Mariano Alfranca en pleito con D. Luis Gandencio Fortis y otro (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

Que el recurso de casación en los casos en que el interesado se defiende en concepto de pobre y nombra Abogado y Procurador, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del termino de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto.

Resultando que seguidos autos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pablo de Zaragoza y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma, por D. Mariano Alfranca y Peralta, con D. Luis Gandencio Fortis y D. Miguel Rodríguez, sobre cumplimiento de un contrato, la referida Sala, en 29 de Diciembre del año último, dictó sentencia revocatoria, absolviendo á los demandados de la demanda:

Resultando que remitidas á este Supremo Tribunal las oportunas certificaciones y el apuntamiento de los autos á fin de que D. Mariano Alfranca Peralta pudiera interponer recurso de casación contra la expresada sen-

tencia, se personó á su nombre el Procurador D. Francisco Egea, á quien en providencia de 30 de Enero último, que le fué notificada en el mismo día, se le mandaron entregar los autos por el término y á los efectos prevenidos en la ley:

Y resultando que en 25 de Febrero próximo pasado fueron devueltos dichos autos, con escrito interponiendo el recurso, á cuya admisión se opone el Ministerio fiscal por hallarse fuera de término.

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan N. de Undabeytia:

Considerando que el recurso de casación en los casos como el presente, en que el interesado se defiende en concepto de pobre y nombra Abogado y Procurador, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto:

Y considerando que el recurso interpuesto en estos autos lo ha sido después de transcurrido aquel término:

Visto lo dispuesto en el citado art. 1713 y en los 1728 y núm. 1.º del 1729 de la propia ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Mariano Alfranca Peralta, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la foma prevenida por la ley.—(Auto fecha 16 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

77

RECURSO DE CASACIÓN (16 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Otorgamiento de escritura.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Salomé Pulido y otra en pleito con D. Domingo Pulido (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que conforme á lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso cuyos motivos son derivados de la apreciación de las pruebas hecha por el recurrente, diversa de la que ha verificado la Sala sentenciadora, formando por este modo supuestos contrarios á los que por ella se consignan, sin que se alegue error de derecho ni de hecho en dicha apreciación.

Resultando que D. Cristobal Pérez Romero dedujo demanda contra Doña Salomé y Doña Paz Pulido y Barrera, para que por sí y como herederas de su hermano D. Domingo Pulido, fueran condenadas á otorgar escritura traslativa de dominio, á favor del demandante, de dos fincas que le habían vendido por medio de un documento privado, y caso de que no hubiera lugar, á que le entregaran 13.000 pesetas, que era el valor total de ambas fincas, con más los perjuicios que le ocasionaran y las costas:

Resultando que las demandadas impugnaron la demanda sosteniendo que la obligación contraída en el contrato privado había sido la de otorgar la escritura de la finca á que se refería, cuando fuese dueño de ella, lo cual no pudo realizar por no haber llegado ese caso; y que respecto á la enajenada por ellas lo verificaron en la persuasión de que le pertenecía á su hermano, de quien eran herederas, por lo cual le habían propuesto la devolución del precio ó del otorgamiento de la escritura si el dueño se prestaba á verificarlo:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo

civil de la Audiencia de Sevilla dictó, en 19 de Noviembre del año último, sentencia confirmatoria, condenando á las demandadas á otorgar escritura pública traslativa de dominio á favor del demandante, de las dos fincas de que se trata, y caso de no verificarlo, á la devolución del precio de su venta, al pago de ciertas cantidades, mayor valor del terreno en la actualidad, y como reintegro de las impensas hechas en las fincas, y además al reintegro de unas costas causadas en cierto interdicto, y al importe de los demás perjuicios sufridos, cuya importancia se fijaría en el período de cumplimiento de la sentencia y al pago de las costas de ambas instancias:

Resultando que Doña Salomé y Doña Paz Pulido y Barrera han interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º Las leyes 1.ª y 8.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, que exigen el consentimiento para la validez del contrato de venta; consentimiento que faltaba en el de que se trataba en estos autos:

2.º La ley 12, tít. 11, Partida 5.ª, que al tratar de las promisiones valederas, dice, que cuando se promete dar ó hacer alguna cosa bajo promisión, si ésta no se cumple, no vale la promisión, que era precisamente lo que había sucedido en este caso;

Y 3.º La ley 43, tít. 28 de la Partida 3.ª, que priva de las mejoras hechas en una heredad ajena, cuando existe mala fe, y en el caso actual era notoria la de D. Cristobal Pérez Romero al verificar las que reclamaba.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que los motivos en que se funda el recurso son derivados de la apreciación de las pruebas hechas por el recurrente, diversa de la que ha verificado la Sala sentenciadora, formando por este modo supuestos contrarios á los que en ella se consignan, sin que se haya alegado error de derecho ni de hecho en dicha apreciación, por lo cual es improcedente la admisión del expresado recurso, conforme á lo dispuesto en el número 9.º, art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Salomé y Doña Paz Pulido y Barrera, á quienes se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido; y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 16 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

78

Recurso de casación (16 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Reconocimiento de hijo natural.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña M... en pleito con D. V... (Audiencia de...), y se resuelve:

Que en conformidad á lo dispuesto en el núm. 4.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso cuando el recurrente cita las leyes que estima infringidas indeterminadamente y en un sentido general, sin expresar el concepto y relación con la infracción que supone.

Resultando que en demanda fecha 27 de Marzo de 1888, solicitó Doña M... que se declarase al niño V... hijo natural de D. V..., obligando á éste á reconocer como suyo y á satisfacer á la demandante una cantidad mensual por vía de alimentos, y otra de una vez por los no satisfechos desde el nacimiento del niño hasta aquella fecha, haciéndose la correspondiente inscripción preceptuada en el art. 60 de la ley del Registro civil:

Resultando que seguido á virtud de la enunciada demanda el correspondiente juicio declarativo de mayor cuantía en el Juzgado de primera

instancia de S... y en la Sala de lo civil de la Audiencia de C... se dictó por ésta en 28 de Octubre del año próximo pasado 1890 sentencia confirmatoria de la apelada, por la que se absolvió al D. V...:

Resultando que en su consecuencia la Doña M... ha interpuesto recurso de casación, fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamento civil, alegando como motivos del mismo:

1.º La infracción de la ley 19, tít. 15, Partida 7.ª, de las del Código (así dice), desde 176 á 181, idem 182, 185, 158, 289 de ídem, y 52, ley 5.ª, tít. 8.º, libro 2.º, 63, de Toro:

2.º Aparecer de la resultancia de autos, que la recurrente ha seguido el juicio cumpliendo con cuantos requisitos legales se exigen para apoyar su demanda, al pedir el reconocimiento de su hijo natural por el que dice ser su padre; y como consecuencia, los alimentos que necesariamente ha de prestar aquella persona que la ley le considera como padre:

3.º Haber la recurrente presentado en el término de prueba la documental y testifical en sentido tan amplio, sin que de ella pueda decirse que ha dejado de ser deficiente, y así aparece consignado en los considerandos de la sentencia recurrida;

Y 4.º No tenerse en cuenta en la misma sentencia lo prescrito y ordenado por la ley 19, tít. 15, Partida 7.ª, pues al hacerse uso de la prueba de presunciones, nunca cumple mejor tenerla en cuenta que al tratarse de un asunto de índole tan delicada como es el de autos; y, por último, la ley 5,ª, tít. 8.º, ilbro 2.º, 63 de las de Toro, que habla de prescripción, tampoco tenida en cuenta al tratarse del uso de la acción que aparece consignada en la demanda:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que la recurrente cita las leyes que estima como infringidas, indeterminadamente y en un sentido general, sin expresar el concepto y relación concreta con las infracciones que supone, por cuya razón no es admisible el recurso, en conformidad á lo dispuesto en el núm. 4.º, artículo 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña M..., sin hacerse declaración respecto á costas, mediante á haber comparecido únicamente en este Tribunal Supremo dicha parte recurrente; líbrese á la Audiencia de C... la oportuna certificación con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese el presente auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 16 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

79

Recurso de casación (16 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Hermenegildo Muiños en pleito con D. Manuel Crespo (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que según el art. 1729, núm. 9.º de la ley de Enjuiciamiento civil, no habrá lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina, cuando éste se refiera á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido en el núm. 7.º del art. 1692.

Resultando que en el Juzgado de primera instancia de la Coruña, por consecuencia de la construcción de una casa en la misma ciudad, entabló

demanda D. Hermenegildo Muiños Conde contra D. Manuel Crespo y González y D. Ventura Monta, como contratista de dicha construcción, y Don Manuel Gastón Valdés, como marido de Doña Carmen Enriquez, propietario de la enunciada finca, sobre pago de pesetas por obras de estucado realizadas en aquélla por el demandante, y seguidos los autos en el predicho Juzgado y en la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, ésta, en sentencia de 10 de Noviembre de 1890, condenó á Monta y á Crespo á pagar á Muiños la cantidad importe de los enunciados trabajos que valorasen peritos nombrados previamente, en la forma determinada en los artículos 615 y siguientes de la ley Procesal, deduciendo las cantidades recibidas por el Muiños á cuenta de las mismas; y absolvió de la demanda á D. Manuel Gastón, fundando esta absolución, según los considerandos de su referencia, en que apreciado en conjunto lo expuesto por los testigos examinados á instancia del demandante, y otros méritos que expresan, no constituían prueba bastante de la celebración de contrato ó pacto entre los repetidos Gastón y Muiños, respecto al pago de las antedichas obras, y en que habiéndose abonado á Monta y Crespo el precio de la construcción de la casa, en el cual estaban incluídos, según plano y presupuesto, los trabajos de estucado ejecutados por el referido Muiños, era evidente se pagó el valor de éstos á quien había obligación de hacerlo, según escritura; siendo, en su consecuencia, inaplicable los fundamentos de derecho alegados por el demandante de enriquecimiento torticero por utilizar trabajos no satisfechos, haber dado causa ó razón á producir mal á otro y obrar con dolo, por no haber quedado ninguna utilidad ni beneficio á la Doña Carmen ni á su marido D. Manuel Gastón, que no tuviera abonado su importe; y además porque al entregar la cantidad que tenían depositada á responder de la buena ejecución de las obras, cumplieron lo convenido, toda vez que habiendo manifestado, también en escritura, estar satisfechos y no tener reclamación alguna que hacer respecto de dichas obras, hubiera sido una retención indebida de depósito en perjuicio de los contratistas, sin que á ello se opusiera el que éstos en sus contratos particulares hubiesen ó no cumplido sus compromisos:

Resultando que contra la referida sentencia, en el expresado extremo en que absuelve de la demanda á D. Manuel Gastón, ha interpuesto Don Hermenegildo Muiños recurso de casación, fundado en el núm. 1.º, artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando haberse infringido:

1.º La regla 17, tít. 34 de la Partida 7.ª, según la que, nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro; pues en la sentencia consta de una manera cierta que el recurrente estaba para paralizar las obras en vista de las pocas seguridades que le ofrecían los contratistas Monta y Crespo, no siendo menos cierto que dicha paralización ocasionaba perjuicios á D. Manuel Gastón, según confesión del mismo; y aun dando por supuesto, como había que darlo, que el D. Manuel afianzara—así se lee, pero parece querer decirse no afianzara—la obligación de los contratistas para con D. Hermenegildo, siempre quedaba en pie que la continuación de los trabajos por éste último libró á aquél de grandes perjuicios, y le produjo, por tanto, una utilidad inmediata; la cual, en el sentido de la ley, era igual á enriquecerse, como lo había hecho D. Manuel Gastón en perjuicio del demandante, por no servir de nada la condena al pago de los contratistas, quienes, con estar el uno en rebeldía, y ser el otro insolvente, dejaban completamente burlado á dicho demandante, ni obstar al enunciado enriquecimiento de Gastón el pago por éste á los contratistas del total de las obras, porque debió obligarles á cumplir el contrato con ellos celebrado, que era la construcción de aquéllas, lo que no podía tener lugar si no se pagaba á los que en las mismas trabajaban, como sucedía al recurrente:

Y 2.º La ley 3.ª, tít. 16 de la Partida 7.ª, con arreglo á la que, el que causa daño ó perjuicio á otro está obligado á repararlo; principio confirmado en numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, entre ellas la de 17 de Febrero de 1874 y 12 de Junio de 1877, en las que se fija que para que pueda tener aplicación este principio es necesario que se haya causado el perjuicio por culpa, dolo ó malicia, afirmándose en la de 21 de Marzo de 1861, que, según la misma ley antes citada, es indispensable la prueba legal de la existencia de dichos perjuicios; condiciciones ambas que concurren en el presente caso, puesto que en primer lugar, si no ha existido por parte de Gastón dolo ni malicia, por lo menos la culpa está bien palpable, no nacida de contrato alguno entre aquél y Muiños, sino de su conducta, de su anómalo proceder durante la construcción de la obra, por cuanto habiéndole Muiños daño queja de los contratistas, sabiendo que uno de ellos se había retirado de la Sociedad, que Muiños había hecho todas las obras de estuco á satisfacción y que no le habían pagado, se apresuró á entregar á aquéllos todos el dinero depositado para responder de la buena construcción, liquidando definitivamente con los mismos; todo lo cual suponía que Gastón no había obrado como debió, y que había causado un daño por su culpa dejando burlado al demandante; no debiendo, en su consecuencia, ser absuelto de la demanda, á la que había dado lugar con sus actos; esto partiendo siempre del supuesto de que no contrajo obligación alguna de fianza con el recurrente, porque si ésta estuviera probada, según la Sala sentenciadora, holgarían estos razonamientos; y en lo relativo al segundo de los indicados requisitos, ó sea la existencia de los perjuicios, no era necesario esfuerzo alguno para demostrarlo, por consistir en haber perdido completamente D. Hermenegildo Muiños todo el trabajo y capital empleados en la casa Gastón, por ser insolventes los condenados al pago y absolverse de la demanda al repetido Gastón:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que, según el art. 1729, núm. 9.º de la ley de Enjuiciamiento civil, no habrá lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina cuando éste se refiera á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido en el núm. 7.º del art. 1692:

Considerando que el presente recurso se dirige á impugnar la sentencia absolutoria de D. Manuel Gastón, que se funda en el resultado de la prueba, y aunque invoca el núm. 1.º del art. 1692 de dicha ley, ha debido citar el número 7.º y la ley ó doctrina legal relativa al valor de las pruebas que se suponga infringida para constituir error de derecho ó alegarse error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Hermenegildo Muiños Conde; sin hacerse declaración respecto á costas, mediante haber comparecido sólo la parte recurrente en este Tribunal Supremo; líbrese á la Audiencia de la Coruña la correspondiente certificación con devolución del apuntamiento, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 16 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

80

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Tercería de dominio y de mejor derecho.*—No ha lugar al interpuesto por el Banco

Transatlántico de París, en pleito con D. Eduardo León y otro (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que estimando que el endoso en blanco de un resguardo de valores consignados en la Caja de Depósitos no demuestra el dominio del endosatario sobre aquéllos, no infringe la Sala sentenciadora los artículos 466 y 471 del antiguo Código de Comercio, 461 y 465 del vigente y el 29 del Reglamento de 17 de Enero de 1874 para la Caja de Depósitos, si la decisión del Tribunal se funda principalmente en los mismos hechos consignados en la demanda, en la cual se reconoce que no había dominio y sí afianzamiento ó garantía de un giro:

Que tampoco infringe el art. 413 del Código de Comercio de 1829, y las leyes 41, tít. 13, Partida 5.ª, y 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, si sosteniendo el endosatario demandante que el resguardo fué endosado en blanco y dado como prenda, la Sala declara lo contrario, porque la prenda supone la existencia de un acto que exija garantía, y tal acto no consta probado y sí que el endoso por sus condiciones constituía una simple comisión de cobranza de intereses, que por sí sola no puede producir crédito preferente:

Que el extremo relativo á la formación de una causa en averiguación de si se ha cometido ó no delito, no es de la competencia de la Sala primera ni puede servir de fundamento á un recurso de casación civil.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Marzo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Este de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma, por la Sociedad anónima denominada Banco Transatlántico de París, donde tiene su domicilio, representada por el Procurador D. Julián Muñoz y Miguel y defendida por el Letrado D. Laureano Delgado con D. Eduardo León y Llerena, propietario, vecino de Arjona, provincia de Jaén, y en su nombre el Procurador D. Constantino Rodera, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio de Gregorio, y con D. Enrique Lamartiniere y Chelle, representado por el Procurador D. José Cirilo Díaz y defendido por el Letrado D. Juan de Dios Llera y Alcázar, sobre tercería de dominio y subsidiariamente de mejor derecho:

Resultando que la Caja general de Depósitos expidió un resguardo en 23 de Septiembre de 1882, del que aparece que D. Enrique Lamartiniere y Chelle, de su propiedad y para que sirviera de garantía al mismo y á Don José Pascasio Escoriaza por la petición de concesión del ferrocarril de Huelva á la frontera de Portugal por Tharsis y Paynogo, á disposición del Ministerio de Fomento entregó en depósito necesario 52.500 pesetas nominales en doce títulos de Deuda amortizable al 4 por 100, resguardo que aparece endosado por Lamartiniere al Banco Transatlántico valor en cuenta en 19 de Noviembre de 1883:

Resultando que por escritura otorgada en esta corte á 27 de Noviembre de 1883 confesó D. Enrique Lamartiniere haber recibido en 21 de Septiembre de 1882 de D. Eduardo León y Llerena, en calidad de depósito, la suma de 52.500 pesetas nominales en 12 títulos de Deuda amortizable al 4 por 100, para que con ellos pudiera constituir un depósito en la Caja general, á responder al Estado de los estudios, concesión y subasta del ferrocarril de Huelva á la frontera portuguesa, comprometiéndose á reintegrarle, caso de consumirse, en la responsabilidad á que estaban afectos, con la suma de 42.183 pesetas 75 céntimos, valor efectivo de los mismos, tan luego como se celebrase la subasta de dicho ferrocarril, ó el 1.º de Junio de 1884, si antes no se hubiese celebrado, y además el importe de los cupones y un 5 por 100 anual de premio:

Resultando que D. Enrique Lamartiniere, en carta de 18 de Noviembre

de 1883, manifestó al Banco Transatlántico de París, que autorizado por D. Juan Fernández Corredor para girar directamente á cargo de dicho Banco hasta la suma de 30.000 francos á tres meses fecha, les daba aviso que en aquel día había negociado á su cargo una letra de 20.000 francos, á la que le rogaba reservase buena acogida:

Resultando que D. Pascasio de Escoriaza, Director de la Agencia en Madrid de dicha Sociedad Banco Transatlántico, escribió á éste en el siguiente día 19 de Noviembre de 1883, que bajo la garantía de 52.500 pesetas, 4 por 100 amortizable en un resguardo de la Caja de Depósitos con la firma del interesado en blanco, había autorizado á D. Juan Fernández Corredor para disponer á cargo de dicho Banco hasta la suma de 30.000 francos á noventa días fecha ó vista, sabiendo que dicho señor había librado aquel día 20.000 francos, rogándole que atendiera dicho giro desde luego á su presentación, pues no serían pagados hasta recibir telegrama de aceptación, cargándoselo en cuenta: advirtiendo por nota ó potsdata que los 30.000 francos serían girados por D. Enrique Lamartiniere, al que á su vez había autorizado Fernández Corredor para hacerlo conforme con la autorización de aquella Agencia:

Resultando que aceptadas y satisfechas por el Banco Transatlántico dos letras de 20.000 y 10.000 francos respectivamente, giradas por D. Enrique Lamartiniere en 19 de Noviembre de 1883 sobre París y á cargo del Banco Transatlántico, ambas por valor en cuenta, dicha Sociedad cargó su importe á D. Juan Fernández Corredor en su cuenta corriente, cuyo resultado le comunicó en 31 de Diciembre de 1883, cuenta á la que prestó su conformidad Corredor en carta de 16 de Enero de 1884, con excepción de dos partidas, consistentes la una en la cantidad de 44 pesetas 10 céntimos que cargaba de más en su comisión sobre 35.283 pesetas 5 céntimos de operaciones con el Sr. Lamartiniere, que no le correspondían por haberse hecho directamente con el interesado, con garantía especial en poder de aquella Sociedad:

Resultando que por falta de cumplimiento de lo pactado, y á instancia de D. Eduardo León y Llerena, se mandó despachar ejecución en 29 de Agosto de 1884 contra los bienes de D. Enrique Lamartiniere por la cantidad de 42.183 pesetas 75 céntimos, con más el importe de los cupones de las 52.700 pesetas nominales, á partir del correspondiente al segundo semestre de 1882, é intereses pactados de 5 por 100 anual; y requerido de pago Lamartiniere, manifestó que no podía efectuarlo porque carecía en el acto de metálico, debiendo hacer presente que los títulos que recibió de León y Llerena los tenía depositados en la Caja general de Depósitos para parte de la fianza del ferrocarril de Huelva á la frontera, cuya concesión estaba solicitada por Escoriaza y por el declarante:

Resultando que en su virtud se procedió al embargo de varios muebles del deudor, de la parte proporcional de su sueldo en el Banco Hipotecario, del Panorama de la Castellana y solar adjunto, y del depósito en la Caja general, en cuanto el valor de éstos excediera de las responsabilidades á que respectivamente estaban afectos; y solicitada por el ejecutante la anotación preventiva del embargo del Panorama y solar y la retención del depósito, se estimaron ambas por providencia de 23 de Septiembre de 1884, si bien la última no debía tener lugar hasta que el depósito estuviera libre de la responsabilidad á que se hallaba afecto:

Resultando que la Dirección de la Caja manifestó que había tomado nota de la retención, preguntando si se incluían en ella los intereses; y acordaba á instancia de León y Llerena la retención de los vencidos y que vencieran, contestó la Caja haberlo verificado:

Resultando que dictada en 23 de Septiembre de 1884 sentencia de remate, fué requerido Lamartiniere para la presentación del resguardo en

cuestión, y habiendo manifestado que creía estaba en Francia, se declaró por providencia de 19 de Enero de 1887 el extravío de dicho resguardo, por lo cual, por la Dirección se instruyó el oportuno expediente, acordando en 4 de Abril expedir un duplicado, que se remitió al Juzgado de primera instancia;

Resultando que en 18 de Enero de 1886 el Banco Transatlántico dirigió una instancia á la Dirección de la Caja general de Depósitos, manifestando que era dueño del constituído en dicha Caja en 23 de Septiembre de 1882 por D. Enrique Lamartiniere, importante 52.500 pesetas en Deuda amortizable del 4 por 100, y pidiendo que se hicieran las debidas anotaciones de este aviso, instancia que fué unida á la factura de imposición para tenerla presente cuando llegara el momento de devolverse el depósito á que se refería; no constando que con tal motivo se hubiera formado ningún expediente.

Resultando que en 15 de Julio de 1887 la Sociedad Banco Trasatlántico de París dedujo la demanda objeto de estos autos, en la que consignando como hechos los antecedentes que quedan referidos, dedujo de ellos como fundamentos legales: que el art. 29 del reglamento de la Caja de Depósitos de 17 de Enero de 1874 disponía que la propiedad de las imposiciones necesarias y voluntarias puede transferirse en virtud de endoso, sin perjuicio, respecto á las primeras, de la responsabilidad á que estuvieran primitivamente afectas; que el Código de Comercio anterior prohibía los endosos en blanco, lo cual no producía lesión en los derechos del portador de la letra, que podía llenarlo á su arbitrio, pero que el art. 465 del Código actual había reconocido los endosos en blanco como una de las formas de las transmisiones de la propiedad de la letra; que aun suponiendo no transmitida por el endoso en blanco la propiedad de la transmisión, había que reconocer por lo menos que el resguardo se había dado en prenda, y en este caso, con arreglo á la ley 41, tít. 13, Partida 5.ª, con el valor de la prenda debía pagarse la deuda, que era el fin de aquélla y el efecto de la naturaleza del contrato; y que con arreglo á la ley y á los artículos 1118 del Código de Comercio antiguo y 18 del moderno, tenía la Sociedad demandante preferente derecho á reintegrarse con el valor de esa prenda respecto á D. Eduardo León y Llerena, y ejercitando la acción de dominio y subsidiariamente la de prenda, terminó pidiendo se declarase que la Sociedad Banco Transatlántico era dueña de la imposición necesaria, constituída por D. Enrique Lamartiniere en la Caja de Depósitos en 23 de Septiembre de 1882, consistente en 52.500 pesetas nominales en 12 títulos de Deuda amortizable al 4 por 100, sin perjuicio de la responsabilidad á que estaba afecta primitivamente esa imposición; y en el caso que se entendiera que no pertenecía al Banco el dominio de la misma, se declarase á lo menos que dicho resguardo se constituyó en prenda por su dueño D. Enrique Lamartiniere para responder de los giros que el mismo había de hacer y que hizo sobre la Caja del Banco, y en su consecuencia la preferencia que la misma tenía sobre D. Eduardo León y Llerena para reintegrarle de los 30.000 francos y sus intereses legales por cuenta del valor de la prenda; y si requerido Lamartiniere para que pagase la deuda no lo verificaba en el término de quince días, se mandara vender la prenda con las formalidades legales; y luego que cesara la primitiva responsabilidad á que estaba afecta, se pagase con su valor al Banco el crédito que reclamaba, con protesta de abonar los pagos á cuenta, levantando en uno ú otro caso el embargo ó retención acordada sobre dicho resguardo en los autos principales de que era incidental aquella demanda:

Resultando que D. Eduardo León y Llerena la contestó con la pretensión de que se le absolviera de ella, declarando firme y subsistente la retención acordada á su instancia, é imponiendo á la Sociedad demandante

perpetuo silencio y todas las costas, aduciendo como fundamentos legales de su pretensión: que no eran aplicables al caso las que contenía la demanda, siendo incompatibles, según la sentencia de este Supremo Tribunal de 13 de Abril de 1882, las tercerías de dominio y de mejor derecho; que el Banco Transatlántico no tenía en concurrencia con León y Llerena ni dominio sobre los efectos públicos en cuestión, ni preferencia en cuanto á los mismos, porque el dominio correspondía á Lamartiniere, puesto que según la escritura de 29 de Noviembre de 1883, los títulos de la Deuda los tomó el último en depósito desde 21 de Septiembre de 1882, en que se los entregó en tal concepto el único dueño D. Eduardo León; que nadie podía vender las cosas ajenas sin consentimiento de su dueño, y si la venta se realizaba no era válida; que nadie podía hacer tampoco como libre aquello de que no era dueño, y si lo hacía, el cesionario no adquiría por eso más derechos que los que tenía el cedente; que el simple depositario de una cosa no podía usar de ella enajenándola ni prestándola á otro; que la ley 7.ª, tít. 13 de la Partida 5.ª, establece que sólo puede dar una cosa en prenda el que tiene el dominio de ella y facultad para enajenarla; que aun en el caso de que el endoso significara un contrato de garantía, tampoco podía tenerse por válido y eficaz, porque no se procedió por medio de corredor ni en los términos y forma prevenidos por el derecho mercantil; que aun siendo eficaz el endoso del resguardo, sería preferente, con arreglo al Código de Comercio y á la ley de Enjuiciamiento civil el acreedor de dominio, que era D. Eduardo León, sobre el prendario; que el Banco Transatlántico no podía ser dueño, si se consideraba que el acreedor prendario tenía prohibición, según derecho de adqulrir la propiedad de lo que tomó en prenda; que para que ésta exista, según la ley 1.ª del tít. 13, Partida 5.ª, es preciso que conste el contrato por el cual el deudor entrega al acreedor alguna prenda en seguridad de la obligación para que la tenga en su poder hasta el total pago; que legalmente era ineficaz y nulo el endoso, porque el art. 240 del Código de Comercio vigente en 1883, declaraba ineficaz todo contrato de comercio en que hubiera blanco alguno; el 413 establecia, que el afianzamiento mercantil había de constar necesariamente por escrito, sin lo cual sería de ningún valor ni efecto, reconociéndose en la demanda que el endoso no se hizo en la forma que prescribía el 467, aunque después apareciera con alguna de las condiciones exigidas; el 468 disponía, que faltando en el endoso la expresión del valor ó la fecha, no transfiere la propiedad de la letra, y se entiende una simple comisión de cobranza; el art. 469 declaraba nulo el endoso cuando no se designaba la persona cierta á quien se cedía la letra; el 470 no permitía la anteposición de fechas, constituyéndose su autor responsable de los daños que se siguieran á tercero, sin perjuicio de la pena en que incurriera por el delito de falsedad, si hubiera obrado maliciosamente; y, por último, porque el art. 471 prohibía firmar los endosos en blanco, no importando que la pena que establecía taxativamente fuera sólo para el endosante, pues el principio era absoluto en cuanto se refería á firmas en blanco, y lo que no podía hacerse era ineficaz y nulo, tal como si no se hubiera hecho, no pudiendo desde luego perjudicar á tercero que para nada intervino ni consintió en el acto; y que el resguardo y su endoso estaban anulados por la Caja general de Depósitos, con arreglo á los artículos 24 y 30 del reglamento de 17 de Enero de 1874:

Resultando que declarada contestada la demanda por D. Enrique Lamartiniere, que tampoco evacuó el traslado de dúplica, suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 9 de Abril de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, declarando no haber lugar á la demanda de tercería de dominio, ni á la subsidiariamente de preferente de-

recho deducida por el Banco Transatlántico, absolviendo en su consecuencia de la misma á los demandados D. Eduardo León y Llerena y D. Enrique Lamartiniere, mandando expedir el correspondiente tanto de culpa al Juzgado instructor que correspondiera, tan luego fuera firme esta sentencia, á fin de que procediera á la formación del correspondiente sumario en averiguación de si se cometió delito al extender el endoso de resguardo, sin hacer condenación de costas de la primera instancia:

Resultando que el Banco Transatlántico de París ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que al declarar la sentencia no haber lugar á la tercería de dominio interpuesta por el recurrente, fundándose en que no resultaba justificado, incurre en el error de hecho que aparece de documento, dejando de apreciar el endoso del resguardo de la Caja de Depósitos por Lamartiniere á favor del Banco, endoso que había venido sirviendo de base á la discusión, así en lo que se refería á la tercería de dominio como en lo que decía relación á la subsidiaria de mejor derecho:

2.º Que se infringe en la sentencia el art. 466 del Código de Comercio antiguo, en relación con el 29 del reglamento de 17 de Enero de 1874 para la Caja de Depósitos, cuyas disposiciones fueron confirmadas por el art. 461 del nuevo Código de Comercio, en cuanto que dichos artículos establecen que la propiedad de las imposiciones necesarias y voluntarias en la Caja general de Depósitos se transfieren ó transmiten por virtud de endoso, y sin embargo, la sentencia declaraba no haber lugar á la demanda de tercería de dominio respecto de la imposición necesaria constituída por D. Enrique Lamartiniere á que aquélla se refería, no obstante haberse transmitido esa imposición al Banco Transatlántico, por virtud de endoso del resguardo referente á la misma imposición firmado por D. Enrique Lamartiniere:

3.º Que infringe también la sentencia el art. 471 del mismo Código de Comercio antiguo, y la doctrina legal establecida por este Supremo Tribunal en sentencia de 20 de Mayo de 1876, en relación con el art. 465 del nuevo Código de Comercio, en cuanto que, según estas disposiciones y dicha doctrina legal, los endosos firmados en blanco producen todos sus efectos respecto de las personas á quienes se entregan los documentos así endosados, y sin embargo de haberse endosado en esta forma al Banco recurrente el resguardo de la Caja de Depósitos á que la demanda se refería, declaraba la sentencia recurrida no haber lugar á la demanda de tercería de dominio respecto de esa imposición:

4.º En el supuesto de que no prosperara la tercería de dominio, había infringido también la sentencia el art. 413 del Código de Comercio de 1829, en cuanto que habiéndose interpuesto subsidiariamente la demanda de tercería de mejor derecho fundada en el contrato de prenda, declara no haber lugar á esa tercería por no haber concurrido en dicho contrato los requisitos exigidos por el art. 413 para el de afianzamiento mercantil, cuyo artículo no tenía, por tanto, aplicación al caso:

5.º En el mismo supuesto de que no prosperase la tercería de dominio, había infringido también la sentencia, en cuanto desestimaba la demanda de tercería de mejor derecho subsidiariamente interpuesta, fundada en el contrato de prenda, la ley 41, tít. 13, Partida 5.ª, que determina los efectos de ese contrato en derecho común, que es el aplicable, é infringe también la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la cual, de cualquiera manera que aparezca que uno quiso obligarse queda obligado:

6.º Y que, por último, infringe la sentencia el art. 470 del antiguo Código de Comercio, en relación con el 464 del nuevo, en cuanto manda la sentencia recurrida que se expida el correspondiente tanto de culpa, á fin fin de que se proceda á la formación de sumaria en averiguación de si se

cometió delito al extender el endoso del resguardo de la Caja de Depósitos, siendo así que para que procediera era necesario, con arreglo á dicho artículo, que se hubiera antepuesto la fecha del endoso, obrando maliciosamente, á la en que tuvo lugar el endoso, y tratándose como aquí de endosos firmados en blanco á la en que fué entregado el documento endosado en esta forma, y en el caso de autos no concurrió la anteposición de fecha con relación al día en que fué entregado el resguardo á la Agencia en Madrid del Banco Transatlántico con la firma de Lamartiniere.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que la Sala, al absolver de la demanda de tercería de dominio interpuesta por el Banco Transatlántico á D. Enrique Lamartiniere y á D. Eduardo León y Llerena, y declarar que el primero no ha justificado el dominio sobre los valores públicos del 4 por 100 depositados en la Caja, como acreditaba el resguardo endosado en blanco, no incurre en el error de hecho que se le atribuye en el motivo 1.º, ni infringe los artículos del Código de Comercio citados en el 2.º y 3.º, porque la decisión del Tribunal sentenciador se funda principalmente en los mismos hechos consignados en la demanda, en la cual se reconoce que no había dominio y sí afianzamiento ó garantía del giro, extremo que confirma la carta de 27 de Noviembre de 1883 firmada por D. Pascasio Escoriaza, agente del Banco, y en este concepto, el recurrente desconoce sus propios actos y no demuestra la equivocación del juzgador:

Considerando que tampoco infringe los artículos indicados en los motivos 4.º y 5.º, porque sosteniendo el Banco que el resguardo fué endosado en blanco y dado como prenda, la Sala declara lo contrario, porque la prenda supone la existencia de un acto que exija garantía, y tal acto no consta probado, y sí que el endoso por sus condiciones constituía una simple comisión de cobranza de intereses, que por sí sola no puede producir crédito preferente ni demostrar que el fallo de la Sala no sea ajustado á derecho:

Considerando que no es de estimar el motivo 6.º, porque el extremo relativo á la formación de causa en averiguación de si se ha cometido ó no delito, no es de la competencia de esta Sala ni puede servir de fundamento á un recurso de casación civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Banco Transatlántico de París, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 31 del mismo mes y año.)

81

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Defensa por pobre.*—Na ha lugar al interpuesto por D. Lorenzo Santa María en autos con D. Francisco Vara (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no tiene aplicación el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil, si, según declara la sentencia reclamada, no tiene el recurrente la personalidad jurídica con que pretende obtener el beneficio de pobreza.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Marzo de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Arévalo y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta capital por D. Lorenzo Santa María y

Esteban, labrador, vecino de Fontiveros; D. Francisco Vara y Lozano, cuya profesión ú oficio no consta, vecino de Palacio de Goda, como marido de Doña Jesusa García Rodríguez, y la representación del Estado, sobre que se declare al primero en concepto de testamentario de D. Domingo Martín y Rodríguez, pobre para litigar con el segundo, autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el D. Lorenzo y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, defendido por los Letrados D. Mariano Muñoz Rivero y D. Juan F. García Gómez, éste en el acto de la vista, habiendo representado al D. Francisco Vara el Procurador D. José María Cordón, y llevado su defensa el Licenciado Don Agustín de Soto:

Resultando que fallecido D. Francisco Marín, con cédula testamentaria, elevada luego á testamento, y protocolizada como tal, en la que instituyó herederos á sus hijos D. Casimiro y D. Domingo, mejorando al primero en el tercio y quinto de sus bienes para que atendiera en sus dolencias y enfermedades al segundo, del que le nombró también curador, en atención á que, aun cuando ya mayor de edad, por su estado de enfermedad no se le podía hacer entrega de los bienes, ni hacer por sí el nombramiento; el D. Casimiro, nombrado igualmente albacea por su padre, procedió con los caracteres expresados á practicar las operaciones divisorias del caudal que aquél dejó, y en las cuales, protocoladas en 11 de Julio de 1872, el haber del D. Domingo importó 53.267 reales, de los que se le hizo pago, adjudicándole diferentes bienes muebles, 30 fincas en los términos de Castellanos de Zapardiel, Moraleja de Matacabras y San Esteban de Zapardiel; y fallecido el D. Casimiro, en las particiones de sus bienes, protocolizados en 1883, se dedujeron como bajas del caudal 7.140 pesetas, correspondientes, por herencia de su padre, á su hermano D. Domingo, á quien, para pago de ellas, se adjudicaron bienes muebles, ropas, ganados y granos; y practicada en el mismo año de 1883, en el Juzgado de primera instancia de Arévalo, por gestión de D. Lorenzo Santa María Esteban, como testamentario de D. Casimiro Martín, información *ad perpetuam*, para acreditar que el mencionado D. Domingo se hallaba en el pleno uso de sus facultades intelectuales y con capacidad legal para regirse y gobernarse por sí propio, sin necesidad de curador ejemplar, aprobada que fué por el Juzgado y protocolizada dicha información, el D. Domingo vendió, por escrituras de 1.º y 18 de Noviembre del repetido año de 1883 á D. Mateo Hernández siete de las 30 fincas que se le habían adjudicado en pago de su herencia paterna; y por otra escritura de 5 de Marzo de 1884, 22 á Doña Josefa Hernández Martín, la cual, en 2 de Abril de 1888, las vendió á su vez al D. Mateo Hernández, continuando lo restante hasta las 30 inscritas en el Registro de la propiedad de Arévalo á nombre de D. Domingo Martín Rodríguez:

Resultando que fallecido éste en 23 de Febrero de 1888 en casa de Don Lorenzo Santa María, en Fontiveros, y llegado el hecho á noticia del Juez municipal de aquel pueblo, dictó providencia ordenando requerir al Don Lorenzo para que manifestara si el D. Domingo había otorgado testamento, los bienes que al mismo perteneciesen y quiénes eran sus parientes más próximos; contestando el D. Lorenzo que había hecho cédula testamentaria en 29 de Enero anterior, en la que le había nombrado albacea y además heredero, así como á su esposa Doña Juana Hernández, y ser los parientes más próximos D. Zacarías, Doña Teresa y D. Segundo Martín, á los cuales dió noticia del fallecimiento el expresado Juez municipal, remitiendo en 8 de Marzo siguiente las diligencias al de primera instancia de Arévalo, quien, en vista de ellas, mandó librar despacho al mismo Juez municipal para que inmediatamente procediera á la prevención del abintestato, dejando en lugar seguro cerrados y sellados los bienes, papeles,

libros y efectos susceptibles de ocultación, y practicara información para averiguar si D. Domingo Martín había muerto con disposición testamentaria ó sin ella, y acerca de quiénes fuesen sus herederos, constituyéndose á consecuencia de esta orden el referido Juez municipal con el Secretario y testigos en la casa de D. Lorenzo Santa María, el cual manifestó que el D. Domingo no tenía bienes muebles, dinero, ni alhajas, ni otros papeles que unos contratos celebrados entre ambos, quedando éstos en poder del expresado Juez; que recibida la información remitió las diligencias al de primera instancia, mandando éste unirlas al expediente de su razón, como se verificó, permaneciendo en tal estado dicho expediente:

Resultando que en el mencionado Juzgado de primera instancia de Arévalo, D. Lorenzo Santa María promovió, como testamentario de Domingo Martín Rodríguez, concepto en que fué tenido por parte legítima, diligencias para elevar á escritura pública la cédula testamentaria, otorgada en 29 de Enero de 1888 por el Domingo Martín Rodríguez, en la cual éste le designaba para dicho cargo y le instituía además heredero en unión de su esposa Doña Juana Hernández Martín; y admitida la información de testigos que ofreció, fueron examinados los que suscribieron dicha cédula, quienes reconocieron la legitimidad de la misma, así como la de las firmas y rúbricas con que la autorizaron, no llegándose á declarar testamento y mandar protocolizar la mencionada cédula, sino que, en auto de 11 de Abril del mismo año 1888, que fué consentido y quedó firme, se declaró contencioso el expediente á virtud de la oposición formulada por D. Francisco Vara y Lozano, como marido de Jesusa García y Rodríguez, habiendo promovido el D. Lorenzo Santa María dichas diligencias en concepto de rico, sin que al usar después de papel de oficio manifestara la razón que para ello tuviera, ni justificara que con posterioridad á la incoación de las mismas hubiese venido al estado de pobreza:

Resultando que, según otras certificaciones traídas á los autos, en los libros del Registro de la propiedad del partido de Medina del Campo, correspondientes á los pueblos de Cervillego de la Cruz, Rubí de Bracamonte y Velascálvaro, con su agregado Fuentelapiedra, no aparece ningún predio inscrito á favor de Domingo Martín y Rodríguez, por herencia de su padre, ni había pendiente de inscripción título alguno referente á aquél; tampoco en los amillaramientos de los años 1888 á 89 y anteriores del pueblo de Fontiveros, donde estuvo domiciliado el D. Domingo, han figurado como contribuyentes por ningún concepto el mismo ni su testamentaría, apareciendo en el año expresado con una cuota directa para el Tesoro de 237 pesetas 41 céntimos, y el líquido imponible de 1.124 pesetas, D. Lorenzo Santa María; que también paga en Bohodón 22 pesetas 76 céntimos anuales, y en Blasco Sancho 69 pesetas 29 céntimos, estas dos últimas cuotas por los respectivos líquidos imponibles de 84 y 370 pesetas:

Resultando que en 29 de Agosto del repetido año 1888, D. Lorenzo Santa María dedujo demanda, solicitando que, con audiencia de D. Francisco Vara y Lozano, como marido de Jesusa García y Rodríguez, y del representante del Ministerio público, se le declarara pobre, como testamentario de D. Domingo Martín Rodríguez, para litigar en el concepto legal, mandando que se le ayudara y se le defendiera como á tal, sin derechos y con los demás beneficios que la ley concede, exponiendo para ello las circunstancias personales del Domingo exigidas por la misma ley, y que la testamentaría no había tenido ni tenía bienes ni rentas de ninguna clase, y citando los artículos 15 y siguientes de la propia ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que D. Francisco Vara, en el concepto con que se le demandaba, contestó pidiendo se fallara declarando que el demandante carecía del carácter de testamentario de D. Domingo Martín que se atribuía,

condenándole en las costas, alegando al efecto que no era posible considerarle como tal testamentario, por no existir testamento alguno del Don Domingo, lo cual estaba corroborado por el hecho de que á su fallecimiento se previno su abintestato, sin que contra éste ni por el mismo se hubiera promovido pleito alguno, y aun promovido, la personalidad para representarle en él la tendría el administrador; que ínterin la cédula ó papel privado que se decía otorgado por el D. Domingo no fuese declarado testamento, el demandante no podía litigar más que como simple particular ó interesado, en cuyo concepto no podía ser tenido por pobre, puesto que era dueño de cuantiosos bienes, y concluyó citando los artículos 1592, 1593, 20, 503, 1008 y 31 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª:

Resultando que el representante del Ministerio fiscal, evacuando el traslado que se le confirió, expuso: que no tratando de litigar D. Lorenzo Santa María por sí, sino en nombre de la testamentaría de D. Domingo Martín y como testamentario del mismo, era preciso tener en cuenta la cantidad que aquélla representaba, y si estaba ó no declarada pobre, y en tal concepto se oponía mientras no se justificara esta cualidad en ella:

Resultando que durante el período de prueba, además de la documental sobre los extremos de que ya queda hecho mérito, la practicaron Santa María y Vara testifical; y sustanciado el incidente en dos instancias, recibido á prueba en la segunda á petición de Vara, se trajo á los autos certificación acreditativa de que, en otros seguidos por las mismas partes en iguales conceptos, sobre determinación del carácter con que había de litigar cada una de ellas, se había promovido en segunda instancia, por el apelante D. Lorenzo Santa María, incidente de pobreza, que había resuelto negativamente la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, la cual dictó en los presentes, con fecha 28 de Marzo del año último, sentencia confirmatoria, declarando no haber lugar al beneficio de la pobreza solicitada por el D. Lorenzo, y condenándole al pago de las costas de ambas instancias:

Resultando que el mencionado D. Lorenzo Santa María ha interpuesto recurso de casación, apoyado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringido el 13 de la misma, según el cual la justicia se administrará gratuitamente á los pobres, porque demostrado y admitido como está en los resultandos de la sentencia que Domingo Martín Rodríguez no tenía al morir bienes ni rentas, se ha debido conceder el beneficio de pobreza á su testamentaría, permitiendo litigar como tal pobre al testamentario designado D. Lorenzo Santa María Esteban, al menos para defender la validez de la cédula testamentaria y su elevación á escritura pública, pues de otro modo resulta la indefensión evidente de la voluntad del testador, cuya validez está declarada asunto contencioso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que no tiene aquí aplicación, y por tanto no ha podido infringirse el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil que se cita en el único motivo del recurso, porque no teniendo el recurrente la personalidad jurídica con que pretende obtener el beneficio de pobreza, según declara la sentencia reclamada, carece del elemento más fundamental para que pueda prosperar el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Lorenzo Santa María y Esteban, á quien condenamos, por razón de depósito, al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que se distribuirán con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución

del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Mayo del mismo año.)

82

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad y reivindicación de una casa.*—Ha lugar, en parte, al interpuesto por D. Ramón Marrugat en pleito con D. José Llibre (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, la 22, Código De reivindicatione, *y el art. 359 de la de Enjuiciamiento civil, la sentencia que al otorgar, estimando una demanda reivindicatoria, los frutos desde una fecha anterior á la interpelación judicial contradice el concepto de buena fe con que reconoce que venía poseyendo el demandado el inmueble en cuestión, y excede la petición de la demanda en la cual sólo se reclamaron los frutos desde el día de la interposición de aquélla:*

Que si para declarar la Sala sentenciadora el dominio del demandante no prescinde de la posesión en que estaba el demandado ni de la obligación de probar que incumbe al que pretende reivindicar, sino que funda su fallo en títulos concretos y justos, no infringe el principio de derecho consignado en el párrafo Commodum, *cuarto de* Interdictio, *tít. 15, libro 4.º de las Instituciones de Justiniano, reproducido en la ley 28, tít. 2.º, Partida 3.ª; las leyes del Digesto 2.ª y 21,* Infine de probationibus et presumptionibus, *9.ª y 73* De reivindicatione; *y el principio contenido en la 207* De diversis regulis juris, *en armonía con las leyes 32, tít. 34, Partida 7.ª, y 13 y 19, tít. 22, Partida 3.ª:*

Que no puede dejar de surtir sus naturales efectos en la sentencia el documento venido al pleito con las solemnidades de derecho en un trámite autorizado expresamente por el art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que si el testador al instituir á su hija mayor le impuso el gravamen de restituir los bienes á una hermana menor, y faltando ambas llamó á sus nietos, no juntos si no uno después de otro, conservando el orden de primogenitura y precediendo los varones á las hembras, no hay duda de que exigió un verdadero fideicomiso, que como tal no pudo caducar por el hecho de admitir la herencia el heredero gravado, y tampoco la ofrece que al designar á los nietos para suceder á aquélla de sus hijas que fuese heredera, lo hizo en el concepto de sustitución vulgar y sin gravamen alguno, por ser la fórmula que empleó la peculiar á esta clase de sustituciones, y si nada revela en el testamento que fuese el propósito de su autor el imponer restricción de ningún género á aquél de sus nietos que lograse la sustitución:

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 25, párrafo primero Digesto, De legatis et fideicomissis; *tercio 3.ª Código,* Infine De liberis preteritis vel exheredatis; *5.ª,* De impuberum et aliis substitutionibus; *41 Digesto,* De condictionibus et demostrationibus; *9.ª,* Quando dies legat vel fideicom. cedat; *única del Código, párrafos cuarto y noveno,* De caducis tollendis; *74 y 126, párrafo primero Digesto,* De legatis et fideicomissis; *1.ª, 27,* De vulgari et populari substitutione, *y las leyes del Código romano, 30,* De fideicomissis; *6.ª,* De institutionibus et substitutionibus, *y 102,* De conditionibus et demostrationibus.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Marzo de 1891, en los pleitos acumulados seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, á virtud de demandas formuladas por D. José Llibre y Sauret, marmolista, contra D. Ramón Marrugat y Serrat, Abogado, ha-

biendo sido citada y comparecido en la segunda instancia Doña Josefa Llibre y Sauret, de ocupación sus labores, todos vecinos de dicha ciudad de Barcelona, sobre pago de cantidad y reivindicación de una casa, autos pendientes ante Nos en recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Marrugat, y en su nombre el Procurador D. Luis Figuerola, bajo la dirección del Letrado D. Antonio Maura, representando y defendiendo á D. José y Doña Josefa Llibre, el Procurador D. Antonio Bendicho y el Abogado D. Ernesto Vilaregut:

Resultando que D. Cosme Serrat y Gualdo adquirió por donación intervivos, que á su favor hizo D. José Castañer en escritura de 20 de Abril de 1887, de que se tomó razón en la extinguida Contaduría de Hipotecas de Barcelona, dos casas muy viejas, unidas, formando una sola, con dos puertas, la una en la calle de la Riera del Pino, y la otra en la Rambla de aquella ciudad, entrando en posesión de ellas, y obteniendo en 17 de Septiembre de 1802, licencia del Ayuntamiento de la misma ciudad para el uso de una pluma de agua en servicio y comodidad de las mencionadas casas:

Resultando que D. Cosme Serrat falleció bajo testamento cerrado, de que tenía hecha entrega á un Notario de la expresada ciudad de Barcelona en 10 de Julio de 1805, y fué abierto y publicado en 21 de Abril de 1807, por el cual, después de nombrar sus albaceas á sus hijas Raimunda y María Serrat y Magarola, y á su yerno, marido de la primera, el Doctor D. Juan Davesa, y de disponer acerca de su sepultura y funeral y del reintegro de sus deudas; dejó y legó á su hija María, en pago de satisfacción de legítima paterna, sucesión abintestato de su difunta madre, y por todo y cualquier otro derecho que pudiera pretender en sus bienes, salva la sustitución que más abajo dispondría, la cantidad de 14.000 libras, moneda catalana metálica de oro ó plata, para que con ella pudiera tomar estado de matrimonio, carnal ó espiritual, con otras disposiciones para el caso de querer aquélla permanecer soltera; y consignó la siguiente cláusula: «De todos los demás bienes míos muebles é inmuebles, presentes y futuros, derechos, fuerzas y acciones, donde quiera que estén y me pertenezcan, y puedan corresponder por cualquier causa, título ó razón, hago é instituyo heredera mía universal á Raimunda Davesa y Serrat, mi hija primogénita; en la inteligencia de que en caso de morir Raimunda antes de sus hijos, instituyo á éstos, no juntos, sino uno después de otro, conservando el orden de primogenitura y precediendo los varones á las hembras, queriendo que se entienda de la misma manera, en caso de morir antes la otra hija mía, bajo los pactos siguientes, á saber: que si dicha Raimunda muere sin hijos legítimos y naturales, procreados en legítimo y carnal matrimonio, ó con ellos ninguno de los cuales llegase á edad de poder hacer testamento, en este caso á ella sustituyo á María Serrat y Magarola, hija, antes expresada, con los mismos pactos y condiciones antes mencionados de Raimunda, heredera instituída en primer lugar, y en caso de que muera sin hijos, deba disponer de mis bienes para sufragio de mi alma, de la de mi mujer, de las dos hijas referidas y del yerno arriba expresado y demás por quienes yo tenga obligación de rogar á Dios, á condición de que si dicha Raimunda muriese sin hijos del modo que queda dicho, en tal caso pueda disponer y hacer libremente en testamento ú otra voluntad, de la cantidad de 14.000 libras catalanas en la misma moneda de oro ó plata arriba expresada, haciéndole, como le hago, especial encargo de reconocer y agraciar á mi estimado yerno, Doctor D. Juan Davesa, como igualmente lo hago á María Serrat y Magarola, heredera instituída en segundo lugar»:

Resultando que fallecido D. Cosme Serrat, su hija y heredera en virtud del referido testamento, Doña Raimunda, por escritura de 3 de Mayo de

1807, otorgada con intervención de su mencionado marido, tomó inventario de los bienes dejados por su padre, describiendo los muebles, y entre ellos, bajo el epígrafe de Librería, multitud de obras de jurisprudencia, con lo demás que existía en la casa habitación de ambos, en la calle de la Riera del Pino, haciendo mención de aposentos de ella qne daban á la Rambla, y describiendo también algunas fincas, pero sin comprender la citada casa; y por escritura de 27 de Abril de 1808, asimismo otorgada con intervención de su expresado marido, y de que se tomó razón en la antigua Contaduría de Hipotecas, la Doña Raimunda redimió un censal de 6.000 libras barcelonesas de capital y 180 de pensión, constituído sobre dicha casa por su padre D. Cosme Serrat, apareciendo también que la poseyó de diversos documentos oficiales y privados, como una notificacién hecha á la Doña Raimunda y á su esposo, y una licencia á éste concedida por el Ayuntamiento de aquella ciudad; los libros de encabezamiento y reparto de contribución del mismo Ayuntamiento, hasta que en 1845 se encargó la Hacienda pública de su administración; un recibo de impuesto municipal sobre inquilinatos, varios de cuentas de obras y dos contratos de arriendo de una habitación y de una tienda, todo ello traído ó hecho constar en autos:

Resultando que la Doña Raimunda Serrat falleció, sin hijos, en 16 de Diciembre de 1844, bajo testamento, que fué abierto y publicado en 3 de Febrero de 1845, y por el cual, advirtiendo que la librería pertenecía á su sobrino D. José Oriol Marrugat y Serrat, así como las alhajas de oro y plata que se hallaban en la casa y que se habían descrito en el inventario por ella tomado de los bienes dejados por su padre, á excepción de algunas alhajas que faltaban, por motivo que expresó, legó á su sobrino Don Ramón Marrugat y Serrat, hijo, como el D. José Oriol, de su hermana Doña María, fallecida en 1835, 10.000 libras catalanas, á sus libres voluntades; queriendo que con este legado y otro que á continuación le hizo de la mitad de todas sus alhajas de oro y plata, y de todos sus muebles, quedara satisfecho de todo lo que pudiera pretender sobre los bienes de Serrat, del tiempo que vivieron sus padres, en orden á la dote prometida y no pagada, sobre la administración de los de Marrugat, después de la muerte de su madre, y sobre lo que le hubiera dejado D. Juan Davesa, difunto, marido de la testadora, é instituyó heredero universal á su sobrino D. José Oriol Marrugat y Serrat, á sus libres voluntades, si moría con hijos legítimos que llegarán á la edad de testar, y para el caso de que no fuese heredero, ó siéndolo, muriera sin hijos que llegasen á esa edad, nombró á su otro sobrino D. Ramón Marrugat; en cuyo caso podría el Don José Oriol disponer sobre los bienes de la testadora, de la cantidad de 5.000 libras, sin poder pretender trebeliánica ni otro derecho, pudiendo el Don Ramón disponer libremente de todos los bienes, en el caso de ser heredero, tanto si muriese con hijos como sin ellos:

Resultando que D. José Oriol Marrugat, por escritura pública de 6 de Marzo de 1845, otorgada en su habitación, piso primero de la casa calle de la Riera del Pino, núm. 2, que lo había sido también de la Doña Raimunda Serrat hasta su muerte, tomó inventario como heredero y sucesor universal de ésta, de quien dijo haberlo sido de su padre D. Cosme Serrat, y de su marido D. Juan Davesa, describiendo los muebles, alhajas, libros y demás cosas halladas en la expresada habitación, y también varias piezas de tierra y una casa con sus muebles en Torá, otra casa y tierras en Agramunt y otras tierras en Oriola de Agramunt, sin incluir en él la citada casa de Barcelona, en que se verificaba dicho inventario; en otra escritura otorgada en la misma casa en los días 1.º, 3 y 4 de Julio de 1850 por Don Francisco Ramón Puig, como apoderado del D. José Oriol, y en que se inventariaron los muebles, ropas y alhajas que á la sazón se encontraban en

el primer piso de ella, se expresó ser propia la libreria del mencionado D. José Oriol y la casa de éste y de su hermano D. Ramón, quienes habían habitado juntos dicho piso hasta 13 de Octubre entonces próximo anterior, en que se separó D. José y quedó en aquél D. Ramón que lo dejaba en tal momento, y que no quiso asistir al acto, retirándose con los baúles que dijo contener ropa de su uso, manifestando que toda vez que D. José Oriol había tenido confianza en él, también él la tenía en las personas que tomaban el inventario; y en diferentes escrituras otorgadas desde el 27 del citado mes de Julio de 1850 hasta el 10 de Enero de 1856, el Don José Oriol impuso diversos gravámenes sobre la citada casa, de que, como de su cancelación, se tomó razón en la Contaduría de Hipotecas, expresando al hipotecarla por una de esas escrituras de 9 de Octubre de 1853, que le pertenecía como sucesor en los bienes de su abuelo D. Cosme, en virtud del testamento de éste, publicado en 21 de Abril de 1807:

Resultando que fallecido D. José Oriol Marrugat en 17 de Julio de 1884, D. Ramón solicitó del Juzgado de primera instancia del distrito del Pino de Barcelona, la declaración de heredero abintestato de aquél, obteniéndola por auto de 19 de Septiembre siguiente, y en 16 de Enero de 1885 tomó por ante Notario inventario, diciendo en él que por consecuencia de haber fallecido el D. José Oriol soltero y sin hijos, resultaba ser el otorgante heredero también de su madre y de su tía Doña Raimunda, en virtud de sus testamentos; y que deseando inscribir á su nombre los bienes que constituían dichas herencias, procedía á relacionarlos, como en efecto lo hizo, describiendo entre ellos la casa de la calle de la Riera del Pino y de la Rambla, que manifestó tenerse por franca en alodio y libre de toda carga, por haber sido quitado por Doña Raimunda el censal que la gravaba y que pertenecía al D. José Oriol como heredero en primer lugar instituído por su tía Doña Raimunda en el referido testamento, habiéndose purificado la herencia de ésta en el otorgante por el fallecimiento sin hijos del D. José Oriol; causándose con presentación de la escritura de inventario en el Registro de la propiedad de Oriente de Barcelona, dos inscripciones, primera y segunda de dicha casa, á favor respectivamente del D. José Oriol y del D. Ramón en 6 de Octubre del citado año de 1885:

Resultando que en 9 de Enero de 1886, á solicitud del D. Ramón Marrugat, deducida en las ya enunciadas diligencias de declaración de heredero abintestato de D. José Oriol, se procedió por el Juez de primera instancia del distrito del Pino, á la apertura de un testamento que en 23 de Agosto de 1865 había entregado cerrado á un Notario dicho D. José Oriol Marrugat, por el cual éste, á más de otras disposiciones, instituyó heredero universal á D. José Llibre y Sauret, á sus libres voluntades, si muriese con hijos legítimos y naturales, y sino fuese heredero ó muriese sin hijos, le sustituyó su hermana Doña Josefa Llibre, con las mismas condiciones, y para el caso de que ésta muriese sin haber hecho disposición, le sustituyó D. Pedro Ferrer, Presbítero, á sus libres voluntades, tomándose en consecuencia de este testamento por D. José Llibre ante Notario, en los días 24 de Fêbrero y 24 de Marzo de dicho año 1886, inventario de los bienes de D. José Oriol, y recibiendo del D. Ramón diferentes muebles y alhajas:

Resultando que en 16 de Agosto del mismo año, D. José Llibre dedujo demanda, de que correspondió conocer al repetido Juzgado del Pino, en la cual pidió se condenara á D. Ramón Marrugat á pagarle 23.410 pesetas, como bienes procedentes del patrimonio de D. José Oriol Marrugat, los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda y las costas, contestándola el D. Ramón, y entablando al mismo tiempo reconvención con la solicitud de que se le absolviera de la demanda en los términos en que estaba formulada, y dando lugar á la reconvención se de-

clarara que tenía derecho á reintegrarse de ciertas sumas, y debía entregar el resto de lo que de la herencia del D. José Oriol conservaba en su poder, al heredero D. José Llibre mediante el otorgamiento por éste de carta de pago que fuera intervenida por Doña Josefa Llibre, con asistencia de su marido, pidiendo por un primer otrosí que se citara y emplazara á la Doña Josefa Llibre, al objeto de que compareciera en autos á usar de su derecho en la forma que estimara conveniente, puesto que, como sustituída por D. José Oriol para el caso de fallecer sin hijos el demandante, estaba directamente interesada en el litigio, en el concepto de que si el fallo que recaía era de conformidad con la súplica de aquel escrito de contestación, había de alcanzarla y obligarla en sus efectos; y por un segundo otrosí pidió la acumulación á este pleito de otra demanda que en 26 de Agosto del repetido año 1886 había deducido también D. José Llibre, y de que había tocado conocer al Juzgado de primera instancia del distrito de las Afueras:

Resultando que en la indicada segunda demanda D. José Llibre, diciendo ejercitar las acciones reivindicatoria, de petición de herencia, de nulidad y demás correspondientes, solicitó se condenara á D. Ramón Marrugat y Serrat á dimitir á su favor en concepto de heredero universal de D. José Oriol Marrugat y Serrat, toda la casa sita en la calle de la Riera del Pino, núm. 7, con frente también á la Rambla de San José, núm. 6, que describió y deslindó, la cual poseía el D. Ramón indebidamente, en el concepto de heredero abintestato del D. José Oriol y como sustituto llamado por Doña Raimunda Serrat, cuyos títulos, así como las inscripciones que de ellos nacían, no eran eficaces, por el mero hecho de existir un heredero testamentario del D. José Oriol y por no haber formado parte la casa del patrimonio de la Doña Raimunda, habiéndola adquirido y poseído el D. José Oriol, como sucesor de su abuelo D. Cosme Serrat, en nombre propio y libremente, con entrega de los frutos percibidos y podidos percibir desde el día de la interposición de la misma demanda, previa declaración de nulidad de las incripciones que aparecían en el Registro de la propiedad, con referencia á dicha casa, en el Registro antiguo y Contaduría de Hipotecas, á favor del D. Ramón Marrugat, en el supnesto de propietario y poseedor de aquélla ó por cualquier otro título que fuese, en cuanto haya sido contrario á las leyes ó lesivo del derecho del actor ó de su causahabiente, y con expresa condena de costas al demandado, en el caso de que se opusiera á esta demanda, alegando al efecto sustancialmente, con enunciación de antecedentes, como hechos: que D. Ramón tomó inventario en calidad de heredero abintestato de D. José Oriol, y de su madre y de su tía Doña Raimunda, en virtud de las cláusulas hereditarias de los testamentos de éstas, por haber fallecido soltero y sin hijos el D. José, describiendo en dicho inventario la casa en cuestión, de la que dijo se tenía por franca en alodio y libre de toda carga y la había poseído Oriol en virtud del testamento de Doña Raimunda, la cual había sustituído al Don Ramon para el caso, llegado, de morir aquél sin hijos é intestado, por cuya razon se había purificado en el D. Ramón la herencia de su expresada tía, cuando no era cierto que la casa hubiera formado parte del patrimonio de ésta, ni que la hubiera poseído jamás; pues ni constaba en el inventario que de sus bienes tomó á su fallecimiento el D. José Oriol; habiéndose incurrido en las dos inscripciones causadas en el Registro de la propiedad, en virtud de ese inventario tomado por D. Ramón, en las mismas inexactitudes; pues D. José Oriol poseyó la casa durante más de treinta años, figurando como su propietario en el amillaramiento, é hipotecándola en 9 de Octubre de 1853 y en otras fechas, sin que en las inscripciones se dijera que procedía de su tía Doña Raimunda, ni se mencionara á ésta, sino que aparecía que estaba inscrita á nombre de aquél como heredero de su abuelo D. Cosme Serrat:

Resultando que D. Ramón Marrugat impugnó esta demanda oponiendo la excepción de falta de acción y derecho, la de dominio y las demás correspondientes, exponiendo para ello como hechos en lo sustancial, con mérito de antecedentes: que como heredero abintestato de su hermano D. José Oriol, y como sustituto de su tía Doña Raimunda, según el testamento de ésta, otorgó el inventario de 16 de Enero de 1885, en el que describió por una parte los bienes integrantes de la herencia particular del D. José Oriol, y por otra los precedentes de la herencia de Doña Raimunda, sujetos al fideicomiso establecido por ésta, entre ellos la casa del litigio; que año y medio después de eso y de haber tomado posesión de los bienes de una y otra herencia, supo que D. José Oriol había testado, y deseoso de cumplir su voluntad él mismo fué quien promovió el expediente para la apertura de su testamento, quien manifestó al demandante que era sucesor de aquél y quien le puso en posesión de la herencia particular del mismo; que el D. José Oriol nació tres años después de fallecer su abuelo D. Cosme, y por tanto, para que la finca reclamada se transmitiera directamente de éste á aquél, pasando por cima de la sucesión de las hijas del Don Cosme, sería preciso existiera y se hubiese acompañado con la demanda un título eficaz que dentro de la ley acreditara dicha transmisión, y no habiéndolo acompañado, por esta sola razón debería desestimarse aquélla; que Doña Raimunda, á raíz del fallecimiento de D. Cosme, en calidad de hija y heredera de éste, tomó inventario, del que se desprendía; que con tal carácter entró á poseer los bienes de su herencia, y entre ellos la casa en cuestión; que aquélla durante su vida continuó poseyéndola como dueña, realizando actos de tal y habitando con su esposo el primer piso desde antes de morir D. Cosme, lo cual no se concibiría si D. José Oriol la hubiese adquirido directa y libremente de aquél, como se suponía en la demanda; que además D. José Oriol, en el inventario tomado al fallecimiento de la Doña Raimunda, confesaba que ésta era heredera de su padre, y con ello confesaba la adquisición de la referida casa con las condiciones por aquélla impuestas á todos sus bienes; que también en el inventario tomado por el D. José Oriol con su hermano D. Ramón, demandado en 1.º, 3 y 4 de Julio de 1850 le reconocía un derecho indiscutible, refiriéndose á no dudar al derivado del testamento de Doña Raimunda, obrando entonces el Don José Oriol como heredero instituído por aquélla, y el D. Ramón como su sustituto; que conforme á lo dispuesto por la Doña Raimunda en el aludido testamento, habiendo fallecido soltero D. José Oriol, el demandado adquirió los bienes de la herencia de la misma, y por tanto, los que ésta había adquirido de su padre D. Cosme, constituyendo dicha transmisión un título perpetuo de dominio, en virtud del cual había inscrito á su favor la casa; y que de lo expuesto se deducía en resumen: primero, que la reclamación de D. José Llibre se apoyaba al parecer en la adquisición directa y libre de la casa por D. José Oriol, de su abuelo D. Cosme, sin presentar título justificativo de su dominio; segundo, que ese fundamento era inexacto porque á D. Cosme le sucedió Doña Raimunda, que poseyó la casa como dueña hasta su muerte, en cuya época D. José Oriol, causante del actor, reconoció que la finca procedía de aquélla y entró en posesión de la una como heredero de la otra; y tercero, que D. José Oriol adquirió tal finca sujeta á las condiciones impuestas por la testadora en la institución, y habiéndose cumplido la resolutoria de fallecer aquél sin hijos legítimos que llegasen á la edad de testar, debía sucederle el demandado Marrugat, heredero fideicomisario, que como tal había inscrito su derecho en el Registro de la propiedad:

Resultando que acumulado este segundo juicio al primero pendiente en el Juzgado del distrito del Pino, hoy de la Universidad, se citó y emplazó después á Doña Josefa Llibre, en méritos de la reconvención propuesta

en el primer juicio, y no habiendo comparecido se tuvo por contestada por ella la demanda y se la declaró en rebeldía:

Resultando que D. José Llibre al replicar añadió, entre otras alegaciones: que posteriormente al inventario por él tomado en 24 de Febrero y 24 de Marzo de 1886 tuvo noticia de la existencia de otros inmuebles, entre ellos la casa de la calle de la Riera del Pino y de la Rambla, y los describió en otro inventario por ante Notario en 15 de Septiembre del mismo año; y que el patrimonio de D. José Oriol lo constituían: primero, los bienes procedentes de su abuelo D. Cosme; segundo, la mitad de los de su madre Doña María Serrat; tercero, los bienes adquiridos por él; y cuarto, los derechos que le correspondieran como heredero gravado de restitución, en virtud de testamento de su tía Doña Raimunda Serrat, cuyo patrimonio era cuantiosísimo; además hizo relación de la donación hecha á D. Cosme de la citada casa, del testamento del mismo, que dijo había sido registrado en 5 de Marzo de 1861, y á él hacía referencia la inscripción á favor de D. José Oriol, según la certificación del Registrador de la propiedad, relativa á los gravámenes por aquél impuestos sobre la casa en cuestión, certificación de que se desprendía ser dicho testamento el título por el que aquél poseía la casa y el que siempre usó para hipotecarla, exponiendo también: que por virtud de ese testamento, como Doña Raimunda falleció sin hijos y Doña María tuvo á D. José Oriol, primogénito, y á D. Ramón, segundogénito, á los cuales premurió, resultó que aquél quedó instituído heredero y dueño del patrimonio del testador D. Cosme, patrimonio que poseyó durante más de treinta años, sin contradicción de nadie, y el cual había poseído antes Doña Raimunda, como heredera gravada de restitución hasta que falleció, en cuyo día dejó de ser heredera, porque no tenía hijos legítimos que llegasen á la edad de testar; explicando esto sus actos de dominio hasta 1844, y muerta ella, no á Doña María que había fallecido en 1835, sino á D. José Oriol pasó la herencia libremente, por no habérsele impuesto gravamen alguno y quedar purificada á su favor la sustitución; que D. Ramón Marrugat había recibido los legados que la Doña Raimunda le hizo en su testamento, y otorgado carta de pago en 24 de Enero de 1848, dándose con ello por renunciado á los bienes de Serrat, ó fuese á los de D. Cosme, y entre éstos á la en litigio; que de la cláusula del indicado testamento de Doña Raimunda aparecía que de los bienes de su pertenencia libre y no de otros, fué de los que instituyó herederos á D. José Oriol, y para el caso de fallecer éste sin hijos sustituyó á D. Ramón; habiendo hecho aquélla la advertencia acerca de la librería y de las alhajas, porque una y otras procedían de D. Cosme, y por eso estaba persuadida de que pertenecían al D. José, ó quizás también porque la librería estaba adherida desde un principio á la casa, que era del mismo; que Doña Raimunda no comprendía la enunciada casa en el inventario de los bienes de su padre, á pesar de que la aludía y de vivir en ella, y tampoco se la comprendió en el inventario de 1.º de Julio de 1850, ni las fincas de Torá y de Agramunt, ni la librería, ó fuese los bienes que formaban el patrimonio de D. Cosme, porque éste debía pasar á D. José Oriol, en fuerza del testamento de aquél, así como adquirió con el gravamen de restitución los bienes de Doña Raimunda por virtud de su testamento; que era falso no hubiese presentado el título en que fundaba su derecho, pues lo era el testamento de D. José Oriol; y que si bien D. Cosme adquirió la casa en 1787 y la poseyó hasta 1807, Doña Raimunda no la poseyó como dueña libre, sino como heredera sujeta á restitución, siendo igualmente inexacto la tuviese Oriol en este último concepto:

Resultando que con el referido escrito de réplica presentó D. José Llibre varios documentos, uno de ellos copia simple del testamento de Don Cosme Serrat, mandándose unirlos á los autos; pero pedido por D. Ramón

Marrugat que se depusiera esta providencia y se declarara no haber lugar á la admisión de aquéllos, ni tampoco á tener por hecha su designación y la de ciertas diligencias judiciales, ordenándose, en consecuencia, el desglose de los mismos y su devolución al demandante, éste presentó escrito, en que manifestó que entendía ser procedente la admisión, sin tener más objeto la oposición á ello del demandado que alargar el procedimiento, pero se allanaba al desglose para evitar un incidente que era de suponer llevara aquél hasta el último término, por haberse apercibido del inmenso daño que habían de ocasionarle tales documentos, y el Juzgado dictó auto reponiendo la providencia anterior, y resolviendo conforme á lo pretendido por Marrugat:

Resultando que éste al duplicar, y en lo referente á la reivindicación de la casa de la calle de la Riera del Pino y de la Rambla, adicionó á lo ya alegado: que no podía constituir título para tal reivindicación el testamento de D. José Oriol, porque por él no había podido adquirir el demandante más que los bienes poseídos como libres por dicho testador, pero no los sujetos al gravamen de restitución, cual dicha casa; y tampoco podía invocar el actor como título de su derecho ó del de su causante, el testamento de D. Cosme, bajo el concepto de que por su virtud el D. José Oriol hubiera poseído la finca como libre, pues por una parte, tal testamento había sido desglosado definitivamente de los autos, y por otra su cláusula hereditaria no alteraría en nada las condiciones del debate, ni afectaría á su resultado, mediante desprenderse de ella; que por consecuencia de haber premuerto la sustituída Doña María á la instituída Doña Raimunda, ésta pudo disponer libremente de los bienes relictos por D. Cosme, y aun cuando se estimara á los nietos llamados directamente, resultaría que Don José Oriol habría sido igualmente heredero fiduciario, gravado de restitución á favor de su hermano D. Ramón, todo ello prescindiendo de que mal podía invocar el actor como base de su derecho en la calidad de heredero de D. José Oriol el indicado testamento de D. Cosme, cuando estaba plenamente justificado que aquél entró á poseer la finca en cuestión, no como heredero de su abuelo D. Cosme, sino de su tía Doña Raimunda; que el D. Ramón no había renunciado su derecho á la sucesión universal del uno ni de la otra; y que D. José Oriol poseyó con el gravamen de restitución, y su omisión al dejar de inscribir en el Registro de la propiedad, ó en la antigua Contaduría de Hipotecas, el testamento de Doña Raimunda, no había podido menoscabar el derecho del D. Ramón Marrugat, como heredero fideicomisario, á la adquisición de la herencia, habiendo él inscrito dicho testamento al deferirse la sucesión á su favor:

Resultando que abierto el trámite probatorio, durante su primer período presentó D. José Llibre, además de otro documento, una copia autorizada del testamento de D. Cosme Serrat y otra simple del inventario por él tomado de los bienes que dejó D. José Oriol Marrugat; y el Juzgado no dió lugar á la admisión de ellos, ni accedió á la reposición que de esa providencia pretendió el mismo demandante, sin utilizarse con tal motivo ningún otro recurso, practicándose en el segundo período las pruebas admitidas á ambas partes, entre las cuales, á instancia del actor, evacuó posiciones el demandado D. Ramón Marrugat, declarando, aparte otros particulares, que recibió de su hermano D. José Oriol 5.900 libras catalanas, 5.000 por su mitad de los legados de su tía Doña Raimunda y 900 por intereses de dicha cantidad hasta fecha que no podía precisar, otorgando carta de pago á favor de su citado hermano, como heredero de aquélla, sin recordar tampoco si esto fué en 24 de Enero de 1848; y que además recibió otra cantidad también en pago del legado que su tía le hizo en su último testamento, pero no de la herencia, á la que entendía no haber hecho renuncia alguna:

Resultando que el Juez dictó sentencia condenando á D. Ramón Marrugat á entregar al demandado D. José Llibre, como heredero testamentario de D. José Oriol Marrugat, la cantidad de 23.410 pesetas que reclamó en su primera demanda como perteneciente al patrimonio del D. José Oriol, con deducción del total importe de varios de los documentos presentados con la contestación á la expresada demanda, ascendente á la cantidad de 4.140 pesetas 67 céntimos, y además las 5.000 pesetas que le había entregado mediante carta de pago que debería otorgarle, con intervención de Doña Josefa Llibre, con licencia de su marido, ó en otro caso consignara la cantidad de 14.269 pesetas 33 céntimos que resultaba líquida á disposición de los mismos, y al pago de los intereses legales de dicha cantidad líquida á razón del 6 por 100, desde el 18 de Agosto de 1886, fecha del emplazamiento de la referida demanda, dando lugar á la reconvención en la parte en que se declaraban de abono al demandado las cantidades de que queda hecho mérito, absolviendo de lo demás que era objeto de dicha reconvención al demandante D. José Llibre, así como á D. Ramón Marrugat de la segunda demanda deducida contra él por el D. José Llibre, sobre reivindicación de la casa núm. 7, de la calle de la Riera del Pino, con frente también á la Rambla de San José de aquella ciudad de Barcelona, núm. 6, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que apelada esta sentencia por D. José Llibre, y remitidos los autos á la Audiencia del territorio, después de evacuada por aquél y por el apelado Marrugat la entrega de ellos conferida para instrucción, se personó en forma Doña Josefa Llibre; y tenida por parte, solicitó, al evacuar igual entrega, el recibimiento á prueba, para que se trajera á los mismos el testamento de D. Cosme Serrat, á lo que se accedió y se llevó á efecto, asi como la traducción de aquél del catalán al castellano, por la interpretación de lenguas del Ministerio de Estado, siendo el contenido de dicho documento el que anteriormente queda referido, y continuada la sustanciación de la segunda instancia en 21 de Febrero de 1890, la Sala primera de lo civil de la mencionada Audiencia de Barcelona dictó sentencia revocatoria de la apelada, en cuanto absolvía á D. Ramón Marrugat de la segunda demanda, condenando á éste á que entregara á D. José Llibre, como heredero de D. José Oriol Marrugat, la casa de la calle de la Riera del Pino, núm. 7, con frente á la Rambla de San José, núm. 6, de aquella ciudad, con los frutos producidos por la misma desde el fallecimiento de D. José Oriol, mandando cancelar las inscripciones de ella hechas á instancia de D. Ramón Marrugat, y reservando á éste los demás derechos que le asistieran como heredero sustituto de su tía Doña Raimunda Serrat de Davesa, por los que á la misma correspondieran sobre los bienes de su padre D. Cosme Serrat, por prescripción de la ley ó por virtud de la disposición testamentaria del D. Cosme, confirmando los demás pronunciamientos de dicha sentencia apelada, sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Ramón Marrugat ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º, 2.º, 3.º y 5.º de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º En cuanto el fallo le condena á entregar la casa con los frutos por ella producidos desde el fallecimiento de D. José Oriol en 1884, cuando el demandante solicitó que dimitiera dicha casa con entrega de los frutos percibidos y podidos percibir desde la interposición de la demanda, rebasando el período de tiempo á que el demandante circunscribió su reclamación, y dilatando la condena en términos que serían ilegítimos aunque el actor los reclamara, pues en la sentencia se reconocía, como era de rigor, la buena fe con que Marrugat había poseído la casa desde dicho fallecimiento, infringe: primero, el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil; la 16, tít. 22,

Partida 3.ª, y la doctrina legal autorizada, entre otras muchas, por las decisiones de 12, 18 y 19 de Enero y 30 de Junio de 1886, 28 de Junio de 1864, 4 de Febrero de 1880 y 27 de Febrero de 1882, que bajo pena de nulidad vedan al Tribunal sentenciador otorgar incongruentemente más de lo pedido; y segundo, la ley 22, Código *De reivindicatione*, y la doctrina legal autorizada en decisiones de 6 de Febrero de 1862, 28 de Junio de 1864, 26 de Febrero de 1879, 28 de Septiembre de 1881 y otras, según las cuales, el poseedor de buena fe no debe los frutos anteriores á la litiscontestación, aunque resulte vencido en el pleito de propiedad:

2.º Al condenar á Marrugat á dimitir la casa con los frutos en virtud de las disposiciones del testamento de D. Cosme Serrat y Gualdo; que en sentir de la Sala sentenciadora, otorgaban el pleno dominio de aquélla á D. José Oriol, causante del actor, aun en la hipótesis de abonar tal título la reivindicación, aunque más adelante se demostraría lo contrario, dicha Sala infringe: primero, el principio de derecho consignado en el párrafo *Commodum,* cuatro de *Interdictio,* tít. 15, libro 4.º de las Instituciones de Justiniano, reproducido en la ley 28, tít. 2.º, Partida 3.ª, según el cual, la posesión de una cosa confiere al poseedor la ventaja de que, aun no perteneciéndole, debe ser absuelto, si el que la demanda no prueba su dominio oportuna y cumplidamente; segundo, las leyes de Digesto 2.ª y 21, *In fine De probationibus et presumptionibus*, 9.ª y 73 *De reivindicatione;* y la doctrina, concorde con ellas y repetida en multitud de sentencias de este Tribunal Supremo, tales como las de 13 de Febrero de 1863, 4 de Febrero y 23 de Noviembre de 1865, 14 de Enero y 5 de Abril de 1867, 22 de Mayo de 1880, 28 de Abril de 1883 y otras, que sería prolijo enumerar, en virtud de las cuales al reivindicante toca probar el dominio que alega y el título determinado y concreto que invoca, sin que pueda prosperar su acción cuando no acredita por un justo título que es suya la cosa pedida; tercero, el principio de derecho contenido en la ley 207 del Digesto *De diversis regulis juris* en armonía con las leyes 32, tít. 34, Partida 7.ª; 13 y 19, tít. 22, Partida 3.ª, y la jurisprudencia establecida en sentencias de 6 de Octubre de 1858, 14 de Abril de 1859, 21 de Noviembre de 1883, 7 de Febrero de 1881, por haberse tomado en la sentencia recurrida como título de reivindicación el testamento que no podía obrar ni surtir efectos en el pleito reivindicatorio sin ir en contra de lo dispuesto en providencias firmes y tenerle ir en cuenta para el fallo, cualesquiera que fuesen los efectos que pudiera producir en el otro pleito acumulado sobre pago de cantidad:

4.º Los artículos 504, 1537, párrafos primeros del 506 y del 507 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la doctrina establecida en las sentencias de 9 de Mayo de 1863, 3 de Julio de 1884, 20 de Octubre de 1885 y 20 de Febrero de 1886, que imponen al demandante la obligación de acompañar á su demanda el documento en que conste el título del derecho que alega, entendiéndose que le tiene á su disposición cuando el documento es público, y prohiben que se admita después, sino en casos determinados; pues la sentencia recurrida daba eficacia dentro del pleito reivindicatorio á la presentación en la segunda instancia del testamento de D. Cosme, que ni siquiera fué presentado por el demandante; y quinto, el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, la 16, tít. 22, Partida 3.ª, y la doctrina legal autorizada en decisiones de 5 de Junio, 27 de Noviembre y 22 de Diciembre de 1860, 3 de Marzo y 14 de Mayo de 1873, 3 de Mayo de 1884, 20 de Marzo de 1885 y otras, según las cuales, deben las sentencias guardar congruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, y no existe tal congruencia cuando otorgan lo pedido por razones, fundamentos ó títulos distintos de los invocados en los respectivos escritos del primer período del juicio, ó en manera diferente de lo solicitado; puesto que el fallo impugnado declara el dominio de D. José Llibre y Sauret sobre la

casa en cuestión, en un aspecto ó punto de vista que no había sido objeto de discusión en la primera instancia:

3.º En cuanto la sentencia recurrida manda entregar al D. José Llibre y Sauret, como heredero de D. José Oriol Marrugat, la repetida casa, ora porque no obstante la adición de la herencia paterna verificada por Doña Raimunda Serrat considera que fueron eficaces las sustituciones de heredero ordenadas en el testamento de D. Cosme, ora porque reputa que en D. José Oriol se purificó el fideicomisario establecido por su abuelo, infringe: primero, la voluntad del testador D. Cosme Serrat, ley primordial de rigurosa observancia, según las repetidas y numerosísimas decisiones de este Supremo Tribunal, entre ellas las de 24 de Octubre de 1860, 24 de Marzo de 1863, y 3 de Marzo de 1866; las leyes 25, párrafo primero, Digesto, *De legatis et fideicomissis,* tercio; 3.ª, Código, *Infine De liberis preteritis, vel exheredatis,* y la doctrina legal establecida en sentencias de 16 de Enero de 1863, 14 de Mayo de 1864 y otras, según las cuales, no se debe admitir cuestión sobre la voluntad cuando es manifiesto y claro el pensamiento del testador, cuyas palabras se han de entender llanamente y como suenan, bajo el concepto de que no sólo existe en la cláusula testamentaria una sustitución vulgar, sino también un expreso llamamiento del Don Cosme á sus nietos, á uno después de otro, para suceder por su orden en la herencia; llamamiento que resulta sin género de duda de las palabras del testamento; segundo, las leyes 5.ª, Código, *De impuberum et aliis subtitutionibus*, 41, Digesto, *De condictionibus et demostrationibus,* y 9.ª, Digesto, *Quando dies legat vel fideicom. cedat,* á tenor de las cuales caduca la sustitución vulgar, si el instituído adió la herencia, no pudiendo entrar en ella el sustituto cuando faltó la condición mediante la que había de aquirir el derecho; doctrina reconocida también en las sentencias de 18 de Abril de 1872, 5 de Junio de 1874 y 23 de Octubre de 1876, todo bajo el concepto de que una vez adida la herencia paterna por Doña Raimunda Serrat, y habiendo muerto antes que ella su hermana Doña María, ningún derecho se transfirió á D. José Oriol por virtud del testamento de su abuelo Don Cosme, habiendo tenido la casa el D. José como heredero de Doña Raimunda; tercero, las leyes, única del Código, párrafos cuarto y noveno, *De caducis tollendis;* 74 y 126, párrafo primero, Digesto, *De legatis et fideicomissis;* 1.ª, 27, Digesto, *De vulgari et populari substitutione;* y la doctrina de la sentencia de 22 de Octubre de 1889, por las cuales se establecen y reconocen los principios de derecho de que la condición impuesta al instituído se entiende con el sustituto; y que es sustituto de instituído quien lo es de otro sustituto del mismo; bajo el concepto de que D. José Oriol Marrugat estaba sujeto por el testamento de D. Cosme, del propio modo que Doña Raimunda Serrat, al gravamen de restitución si moría sin hijos, correspondiendo la herencia del testador á su otro nieto D. Ramón, como sustituto de su hermano, y por consiguiente de su tía Doña Raimunda; y cuarto, las leyes del Código romano 30, *De fideicomissis,* 6.ª, *De institutionibus et sustitutionibus,* y 102, *De conditionibus et demostrationibus;* á tenor de las cuales en los fideicomisos siempre se debe interpretar que la voluntad del testador es que la herencia no vaya á manos extrañas mientras existan personas de la familia indicada en el testamento, entendiéndose llamados los nietos, aunque nominalmente no los haya designado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida infringe las leyes y doctrinas invocadas en el primer motivo, al otorgar frutos desde la muerte del testador D. José Oriol; porque al hacerlo así, no sólo contradice el concepto de buena fe con que reconoce venía poseyendo la casa en cuestión el recurrente D. Ramón Marrugat, sino que además excede la petición de la demanda, en la cual sólo se reclamaron desde el día de su interposición:

Considerando que no infringe las leyes y doctrinas que se invocan en el motivo 2.º, porque para declarar del dominio de D. José Llibre la casa en cuestión, no prescinde, como se supone, de la posesión en que estaba el recurrente D. Ramón Marrugat, ni de la obligación de probar que incumbe al que pretende reivindicar, sino que lo estima probado, fundándose para ello en títulos tan concretos y justos como los testamentos de D. José Oriol Marrugat y de su abuelo D. Cosme Serrat, aquél presentado, y éste señalado ya en la demanda y traído después á los autos por Doña Josefa Llibre, que sobre estar interesada en ellos, como llamada á sustituir á su hermano D. José, tenía el carácter de parte legítima á virtud de la citación y emplazamiento que se le hizo á petición del recurrente en una de las dos demandas acumuladas después á instancia del mismo, lo cual hace que, venido con las solemnidades de derecho en un trámite autorizado expresamente por el art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, no pueda dejar de surtir sus naturales efectos en la sentencia que ha puesto término á las referidas demandas:

Y considerando que tampoco infringe la voluntad del testador, ni las leyes y doctrinas que se citan en el motivo 3.º, porque la claridad de los términos en que está concebido el testamento de D. Cosme Serrat no deja duda de que al instituir heredera universal á su hija mayor Doña Raimunda le impuso para el caso de morir sin hijos el gravamen de restituir los bienes á favor de su hermana menor Doña María, y premuerta ésta á los suyos, erigiendo, por tanto, un verdadero fideicomiso que, como tal no ha podido caducar por el hecho de admitir la herencia el heredero gravado, ni tampoco de que, al designar á los nietos para suceder á aquélla de sus hijas que fuese heredera, lo hizo en el concepto de sustitución vulgar y sin gravamen alguno, ya por ser la fórmula que emplea para este llamamiento la peculiar á esta clase de sustituciones, ya también porque nada en el testamento revela que el propósito de su autor fuese el imponer restricción de ningún género á aquél de sus nietos que lograse la sustitución;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ramón Marrugat y Serrat, en cuanto al primer motivo del mismo, y no haber lugar á dicho recurso respecto á los demás; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 21 de Febrero del año próximo pasado dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, únicamente en cuanto por la misma se condena al D. Ramón Marrugat á la entrega á D. José Llibre de los frutos producidos por la casa calle de la Riera del Pino, núm. 7, con frente á la Rambla de San José, núm. 6, de aquella ciudad, desde el fallecimiento de D. José Oriol.—(Sentencia publicada el 17 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Mayo del mismo año.)

83

RECURSO DE CASACIÓN (17 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Eduardo Campos en autos con D. Enrique Piñeiro (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que según prescribe en su núm. 9.º el art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso cuando, si bien se apoya en los números 1.º y 2.º del art. 1692, se dirige en realidad contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora, sin citar ley ó doctrina legal infringida por la misma para constituir el error de derecho, ni documento ó acto

auténtico que demuestre el error de hecho ó la equivocación evidente del juzgador.

Resultando que denegado á D. Eduardo Campos Sampedro por sentencia que en 22 de Noviembre del año último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, el beneficio de litigar como pobre con D. Enrique Piñeiro, ha interpuesto en este Supremo Tribunal recurso de casación por infracción de ley:

Resultando que dicho recurso lo funda en dos motivos, consistiendo el primero en la infracción del art. 15, caso 1.º y 3.º, en relación con el 18 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque las pruebas habían demostrado que tenía un salario eventual insignificante, y las rentas que percibía por los bienes de su mujer consistían en 50 céntimos diarios, lo cual, reunido, no alcanzaba siquiera al doble jornal del bracero peor retribuído en la localidad más mezquina; y que el segundo motivo estriba en la apreciación equivocada que se ha hecho de las pruebas, por resultar de los autos y declararse en la misma sentencia que D. Eduardo Campos vestía un traje deteriorado y vivía trabajosamente, y deducir de estos signos exteriores declarados en la prueba testifical que era rico legalmente, suponía un manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que denegado en la sentencia recurrida el beneficio de la defensa de pobre, porque la Sala sentenciadora, apreciando el resultado de la prueba producida, no estimó probado que el recurrente hubiera venido á peor fortuna después de la primera instancia del pleito referido, en la que se defendió como rico, si bien el presente recurso se apoya en los números 1.º y 2.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, se dirige en realidad contra la dicha apreciación de la prueba hecha por la Sala, y no cita ley ó doctrina legal infringida por la misma para constituir el error de derecho, ni el documento ó auto auténtico que demuestre así igualmente el error de hecho ó la equivocación evidente del juzgador, no siendo, en su consecuencia, admisible el recurso, según prescribe en su núm. 9.º del art. 1729 de la ley citada;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Eduardo Campos Sampedro, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 17 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

84

RECURSO DE CASACIÓN (18 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Garcés y otros en pleito con el Marqués de Ovieco y la representación del Estado (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no infringe los artículos 15, 596 y 597 de la ley de Enjuiciamiento civil la sentencia denegatoria del beneficio de pobreza, si se funda en haberse acreditado que el demandante paga en concepto de contribución industrial una cuota superior á la fijada en el párrafo penúltimo del primero de aquellos artículos, y la certificación en que así consta no puede desvirtuarse con otras concretamente relativas á la contribución industrial y al derecho electoral, cosas perfectamente distintas:

Que la casación sólo se da contra la parte dispositiva de las sentencias:

Que tampoco se infringe el mencionado art. 15, en sus casos 3.º y 4.º, si es un hecho incontestable que el demandante vive, además de su jornal, del producto de sus bienes rústicos y urbanos, por los cuales tributa, y lo es también que la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas en uso de sus atribuciones, ha estimado que la practicada á instancia de aquél no basta á justificar el importe del jornal de un bracero en la localidad que habita ni los productos líquidos de sus bienes, ni, por tanto, su derecho á disfrutar el beneficio que pretende; apreciación que no puede envolver error de hecho en la de otros documentos de prueba, si éstos se limitan á precisar que el demandante tributa por territorial; y si bien alguno indica que los signos exteriores revelan que su posición es poco desahogada, esto no basta por sí solo para autorizar el derecho para litigar como pobre, ni releva á la Administración de justicia de apreciar por sí misma y con relación á las demás pruebas practicadas el valor que tenga esta clase de manifestaciones.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Marzo de 1891, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, promovido por D. Manuel Martínez Moreno, cantero, D. Manuel Garcés del Garro y Rodríguez, propietario, y D. José Melero y Gómez, tabernero, vecinos los tres de Alfaro, sobre que se declarase á los mismos pobres para litigar con la representación del Estado y el Marqués de Ovieco, en reclamación de los bienes dotales del Patronato Real de legos sustituído por D. Luis Manuel de Quiñones, y de otras fundaciones; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los antedichos Garcés del Garro y Melero, y en su nombre el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana bajo la dirección del Licenciado D. Luis Martorell:

Resultando que en 22 de Abril de 1889, D. Manuel Martínez Moreno, D. José Melero Gómez y D. Manuel Garcés del Garro y Rodríguez, formularon demanda incidental sobre que se les declarara pobres para litigar con el Marqués de Ovieco y con el Estado, en reclamación de los bienes del Patronato Real de legos que instituyó D. Luis Manuel de Quiñones y de otras fundaciones, exponiendo al efecto, además de hacer mérito de los particulares que por regla general exige la ley: que Martínez habitaba durante los últimos cinco años en Alfaro, calle de las Pozas, una casa por la que pagaba de alquiler anual 75 pesetas; Melero, también durante el mismo tiempo, habitaba en la misma ciudad, calle de San Antón, núm. 3, pagando de alquiler anual 60 pesetas; y Garcés tenía su habitación en la calle de la Puerta de Tudela, de dicha ciudad, satisfaciendo 65 pesetas anuales de alquiler; y que los tres carecían de bienes que les pertenecieran en propiedad ó en usufructo, no teniendo más profesión, oficio ni medio de subsistencia que el jornal eventual que ganaban cuando hallaban trabajo, el primero, en su oficio de jornalero, el segundo, en el de comerciante, y el tercero, en el de tejedor; habiéndose notificado este hecho en escrito de 29 de Agosto del citado año, expresando que Garcés poseía en plena propiedad una casa núm. 6, en la calle de Tudela de Alfaro, y 11 parcelas ó porciones de terreno en Tambarria, por cuyos bienes pagaba anualmente una cuota de contribución de 288 pesetas y 3 céntimos, fincas que no le daban renta ó producto que excediera del jornal de dos braceros en aquella ciudad donde tenían su residencia habitual:

Resultando que reclamadas las correspondientes certificaciones que se unieron á los folios 38, 39 y 48 de los autos, según la expedida por el Interventor de la Administración subalterna de Hacienda de Alfaro, Garcés era contribuyente al Estado por las fincas que se dice expresaba aquélla, no poseyendo Melero bienes algunos en la enunciada jurisdicción por los

cuales pudiera contribuir; y según la librada por el Secretario del Ayuntamiento de Arnedo y de la Comisión inspectora del Censo electoral para Diputados á Cortes, en dicho censo se halla incluído como elector Garcés del Garro, en concepto de contribuyente, pero no en tal concepto ni otro alguno Melero:

Resultando que no habiendo comparecido el Marqués de Ovieco á contestar la demanda lo verificó el Abogado del Estado, oponiéndose á ella ínterin no se justificasen los hechos fundamento de la misma; y recibido el incidente á prueba, lo practicaron testifical Melero, Martínez y Garcés; reclamándose, para la articulada por el Abogado del Estado, certificación del Secretario del Ayuntamiento de Alfaro, que fué remitida y unida al folio 75 de los autos, en la cual se expresa que Garcés del Garro pagaba 66 pesetas 36 céntimos por contribución territorial, y Melero 58 pesetas por industrial, no satisfaciéndola de ninguna clase Martínez, é induciendo á creer los signos exteriores de los tres que su posición era poco desahogada; además de lo cual cual se hizo constar en la misma prueba del Abogado del Estado, por medio de requerimiento á los dueños de las casas que habitaban en Alfaro, pagar Melero por la suya que tenía alquilada en parte á otras personas 200 pesetas al año, y no satisfacer Garcés del Garro cantidad alguna en dicho concepto por habitar su casa propia, si bien ésta había producido antes y produciría actualmente si se diera en arrendamiento 80 pesetas anuales:

Resultando que dictada sentencia por el Juzgado declarando el beneficio de la defensa por pobre á favor de D. Manuel Martínez, y no haber lugar á otorgarla en dicho concepto á D. José Melero y D. Manuel Garcés del Garro, á quienes condenó en las dos terceras partes de las costas, interpusieron estos dos últimos apelación, sustanciándose, en su virtud, la segunda instancia ante la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte que en 26 de Mayo del año próximo pasado confirmó, con las costas, el fallo del Juzgado en lo que había sido objeto de dicha apelación:

Resultando que con la caución juratoria de pagar, si vinieren á mejor fortuna, la cantidad que como depósito exige la ley, D. José Melero y Gómez y D. Manuel Garcés del Garro y Rodríguez han interpuesto recurso de casación por infracción de ley, apoyado en los números 1.º y 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º Infracción del caso 1.º del art. 15 de la citada ley, en el concepto de que Melero vive de un jornal eventual, no tiene otro medio de subsistencia, y debe, por tanto, ser declarado pobre en sentido legal:

2.º Infracción del caso 3.º del mismo artículo, en cuanto la Sala sentenciadora deniega el beneficio de la defensa por pobre á D. Manuel Garcés á pesar de que éste sólo vive de rentas y del producto de cultivo de tierras, cuya suma no excede de la equivalente al jornal de dos braceros en Alfaro, donde reside, demostrado lo cual, fuera cual fuese la cuota que pagara por contribución territorial, ha debido ser declarado pobre:

3.º Errónea interpretación y aplicación indebida del caso 4.º del precitado art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que la Sala sentenciadora, según se deduce del texto esplícito de uno de los fundamentos del fallo, aplica á Garcés, que sólo tributa por territorial, aquel precepto que se refiere únicamente á subsidio industrial, por cuyo concepto no satisface un sólo céntimo dicho recurrente:

4.º Si pudiera estimarse que la Sala sentenciadora para fallar denegándola pobreza á D. José Melero, ha estimado probado, como se deduce de uno de sus fundamentos, que aquél pagaba contribución industrial en cantidad superior á la que indica el núm. 4.º del art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, la mencionada Sala había incurrido en error de hecho resultante de los documentos auténticos obrantes á los folios 38, 47 y 48 de los

autos, infringiendo en tal concepto el núm. 3.º del art. 596 y las reglas 1.ª y 2.ª del 597, al no dar valor probatorio á la certificación del folio 38, librada en 22 de Julio de 1889 por el Interventor de la subalterna de Alfaro, y á las de los folios 43 y 48 expedidas por los Secretarios de los Ayuntamientos de dicha ciudad y de Arnedo, con el V.º B.º de los Alcaldes en 4 y 14 de Agosto respectivamente:

5.º En el caso de que pudiera estimarse que la 2.ª de las infracciones alegadas no podía prosperar por haber apreciado la Sala sentenciadora que Garcés del Garro pagaba contribución industrial en cantidad superior á 40 pesetas ó revelaba por sus signos exteriores que los medios de vivir con que contaba exceden del doble jornal de un bracero en Alfaro, la expresada Sala habría incurrido en error de hecho resultante de documentos que obran en autos á los folios 39 y 75, expedidos por el Interventor de Hacienda de la subalterna de Alfaro en 22 de Julio, y por el Secretario del Ayuntamiento de la misma ciudad en 30 de Octubre; documentos de los cuales aparece que Garcés tributa por territorial, no por industrial, y revela en sus signos exteriores que su posición es poco desahogada, palabras del último de los referidos documentos; y con ello, no dando valor probatorio á semejantes documentos públicos, se infringen los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil citados en el párrafo anterior:

Y 6.º Si se estimara que el Tribunal sentenciador al hacer lo que origina el cuarto motivo de casación no ha incurrido en error de hecho, sino que se ha limitido, en uso de sus atribuciones, á dar mayor valor probatorio al documento del folio 75 que á los públicos de los folios 38 y 48, entonces habrá incurrido en error de derecho infringiendo los artículos 596, caso 3.º, y 597, regla 4.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto respecto á la cuota por la que Melero pudiera tributar concede eficacia de documento público á uno expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Alfaro, cuyas facultades están limitadas por la ley Municipal, y niega tal eficacia al autorizado por el Interventor de Hacienda de la subalterna de Alfaro, que es él único autorizado con arreglo á la ley para certificar cuanto á contribuciones hace referencia.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cárdenas:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe el art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil invocado en el primer motivo, ni incurre en los errores de hecho y de derecho que se suponen en los señalados con los números 4.º y 6.º al denegar á D. José Melero el beneficio de pobreza, porque para ello se funda en haberse acreditado que paga en concepto de contribución industrial 58 pesetas anuales, cifra superior á la fijada en el párrafó penúltimo del artículo citado para poder optar al beneficio que solicita, y porque la certificación en que así consta no puede desvirtuarse con las otras que se intentan contraponerle, puesto que se refieren concretamente la una á contribución territorial y la otra al derecho electoral, cosas perfectamente distintas, y que, por lo mismo, no pueden originar los errores que se suponen:

Considerando que tampoco infringe dicho artículo también citado en los motivos 2.º y 3.º, ni incurre en el error de hecho señalado en el 5.º al denegar el mismo beneficio á D. Manuel Garcés; porque aparte de que la casación sólo se dá contra la parte dispositiva de las sentencias, es un hecho incontestable que el Garcés vive además de su jornal, del producto de sus bienes rústicos y urbanos, por los cuales tributa, y lo es también que la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas en uso de sus atribuciones, ha estimado que la practicada á su instancia no basta á justificar el importe del jornal de un bracero en la localidad que habita ni los productos líquidos de sus bienes, ni por tanto, su derecho á disfrutar el beneficio que pretende, apreciación que no puede envolver el error de hecho que se su-

pone cometido al estimar los documentos de los folios 39 y 75, porque estos se limitan á precisar que tributa por territorial, y si bien el último indica que sus signos exteriores revelan que su posición es poco desahogada, esto no basta por sí sólo para autorizar el derecho á litigar como pobre, ni relevar á la Administración de justicia de apreciar por sí misma y con relación á las demás pruebas practicadas el valor que tenga esta clase de manifestaciones;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Garcés del Garro y Rodríguez y D. José Melero y Gómez, á quienes condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que se distribuirán con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 18 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Mayo del mismo año.)

85

RECURSO DE CASACIÓN (18 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de patente de invención.*—No ha lugar, en parte, á la admisión del interpuesto por la Sociedad Pedro Deig y Compañía, en pleito con la razón social Baqué y Llenás (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que con arreglo á lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso cuando refiriéndose á errores que se suponen cometidos en la apreciación de la prueba, no se llenan por el recurrente los requisitos exigidos en el núm. 7.º del art. 1692, y en cuanto concierne al error de derecho no se cita precepto alguno legal que pueda haber sido infringido al apreciar la prueba:

Que las manifestaciones de testigos y las posiciones de las partes no pueden ser consideradas como documentos ó actos auténticos de los mencionados por la ley como medios propios para demostrar la equivocación evidente del juzgador.

Resultando que en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de su territorio, ha seguido autos la razón social Baqué y Llenás con la de Pedro Deig y Compañía, sobre nulidad de una patente de invención concedida á D. Pedro Deig por una corbata de doble nudo, y que por sentencia que en 13 de Noviembre último dictó la susodicha Sala, revocando la del Juzgado, se declaró nula la patente de invención núm. 9.587 concedida por el Gobierno á favor de Pedro Deig y Compañía en 25 de Julio de 1889, y nulo también el certificado de adición otorgado con el núm. 9.742 en 9 de Septiembre siguiente; sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias y ordenando que luego que la sentencia fuera firme se comunicara al Conservatorio de Artes á los efectos del art. 58 de la ley de 30 de Julio de 1878:

Resultando que la Sociedad Pedro Deig y Compañía interpuso recurso de casación fundado en cinco motivos, en el último de los cuales se dice: que se funda en el párrafo 7.º del art. 1692 en cuanto en la apreciación de las pruebas ha habido error de derecho y de hecho de una manera evidente; que la Sala sentenciadora se funda en primer lugar en el conjunto de las pruebas para deducir que la patente de Pedro Deig y Compañía es nula por hallarse establecido el invento cuando el conjunto de la prueba va encaminado á demostrar lo que era objeto del litigio ó sea la prioridad

del invento; que aun apreciando la prueba desde el punto de vista de ser ó no nuevo el objeto del invento y de hallarse ó no establecida la industria del mismo comete error de derecho al entender que resulta probado que la industria se hallaba establecida con anterioridad á la concesión de la patente, puesto que aun suponiendo que éste fuera el objeto del litigio, aparece de un modo indudable que D. Pedro Deig, al absolver la posición 6.ª en que se funda la sentencia, sólo confesó que la corbata la ha vendido desde Enero en su despacho al detall sin anunciarla en ninguna parte, lo cual es muy diferente de lo que supone la Sala, pues la venta al detall sin aumento ni estrépito, no constituye el establecimiento de una industria nueva si es que este establecimiento cuando lo efectúa el mismo inventor pudiera ser objeto de la validez de la patente, pues la venta al detall sin anuncios constituye un tanteo ó aquel ensayo natural para apreciar la efectividad del invento, y la prueba evidente de que la industria nueva no se hallaba establecida se presenta en el solo hecho de no haber aparecido anuncios, porque el anuncio es la primera señal de la explotación; que en tanto la industria no se hallaba establecida ni siquiera conocida en el país; que D. Ramón Baqué al absolver posiciones en 8 de Septiembre de 1889 confesó que en 28 de Mayo estuvo en casa de los recurrentes, que fué cuando copió el invento, y al declarar en la posición 6.ª confesaba que antes de dicho día 28 de Mayo, ó sea el día en que visitó los talleres de la casa Deig, no se conocían ni se fabricaban públicamente corbatas de doble nudo en el país, y esto mismo declaran todos los testigos de la parte contraria á la pregunta 6.ª del interrogatorio por el mismo presentado; que el error de hecho aparece no menos evidente cuando la Sala pretende dar valor y se apoya en la declaración del testigo Antonio Cotchet cuando al declarar la pregunta 5.ª del interrogatorio confesó precisamente que en Marzo vió las corbatas doble nudo en casa de Deig y encargó una partida para cuando tuviese surtido, y añadiendo al contestar á la pregunta 19, interrogatorio especial, que no se conocía en el país y en el extranjero la corbata de Deig, pues en el año pasado ni en el corriente de 1889, en que ha estado en París y otros puntos, no ha visto corbatas de doble nudo, á pesar de haber visitado varias fábricas de corbatas y haber preguntado si las tenían, siendo éste el testigo precisamente en que la Sala sentenciadora entiende debe apoyarse para acreditar que las corbatas eran conocidas y la industria establecida, y que, por último, comete error de derecho la Sala al apreciar la prueba, no dando valor alguno á la efectuada por la parte demandante, suponiendo dice: «que cualquiera que fuera el valor de la prueba testifical de la parte actora, entiende debe prescindirse de ella, pues no hay razón jurídica en que apoyar este proceder por medio del cual la Sala descarta de una plumada nada menos que toda la prueba efectuada por uno de los litigantes, mayormente cuando esta prueba es la actora por medio de la cual debía acreditarse la nulidad de la patente; habiendo prescindido también la Sala, pues ni siquiera dice una palabra de la tacha alegada y probada de los testigos de la parte demandante»:

Resultando que el Ministerio fiscal se opuso á la admisión del recurso en cuanto al motivo que se deja transcrito, y en su virtud se trajeron los autos á la vista con las citaciones correspondientes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando en cuanto al motivo de casación 5.º de los alegados en el recurso que refiriéndose á errores que se suponen cometidos en la apreciación de las pruebas se apoya en el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que no se han llenado por la parte recurrente los requisitos exigidos en la citada disposición, porque las manifestaciones de testigos y otras actuaciones del juicio que se citan no pueden ser conside-

radas como documentos ó actos auténticos de los mencionados por la ley como medios propios para demostrar la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que en lo que concierne al error de derecho, no se cita precepto alguno legal que pudiera haber sido infringido al apreciar la prueba, por lo que es visto que no cabe admitir el recurso que se trata por el motivo 5.º con arreglo á lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1729 de la respectiva ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la Sociedad Pedro Deig y Compañía respecto del motivo 5.º en que se funda, y se admite en cuanto á los demás; y pasadas que sean las copias para la publicación de esta resolución en la forma prevenida en la ley, pasen los autos á la Sala primera.—(Auto fecha 18 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

86

RECURSO DE CASACIÓN (20 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Pago de pensión alimenticia.*—No ha lugar al interpuesto por D. M... y otros en pleito con D... (Audiencia de...), y se resuelve:

Que la sentencia que no exime al hijo de la obligación de colacionar las cantidades ó donaciones que hubiese recibido de su padre, sino que sustancialmente declara que según la voluntad expresa del testador, mientras no se liquide y divida el caudal testamentario, tiene derecho el hijo á percibir la pensión alimenticia que aquél le señaló en el testamento, sin perjuicio de que en su día se deduzca y colacione el exceso que pueda haber entre el importe de la referida pensión y el producto del legado, no infringe las leyes 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, y 29 de Toro, ó sea la 5.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Que con arreglo al art. 8.º de la ley de 14 de Marzo de 1856, procede el abono de intereses por la mora en el pago de cantidad líquida, conocida y cierta:

Que por virtud de la facultad conferida al Gobierno por la ley de 14 de Marzo de 1856, la Real orden de 18 de Diciembre de 1879 fijó para la isla de Cuba el interés de 8 por 100; y si bien fué reducido al 6 por la Real orden de 14 de Abril de 1889, que reconociendo igual origen tienen también carácter legal los efectos de esta última disposición, sólo aplicables desde que la primera empezó á regir en la expresada isla de Cuba, no pueden afectar á los intereses devengados con anterioridad, que deben liquidarse al tipo de 8 por 100, que era entonces el vigente.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de..., y en la Sala de la Audiencia de lo civil de aquel territorio, por D..., propietario, vecino de dicha ciudad, con Doña..., D..., D..., D... y D..., todos propietarios y de igual vecindad, como albacea la Doña D..., y los otros cuatro como herederos de su respectivo esposo y padre D. M..., sobre pago de 7.300 pesos oro, importe de pensiones alimenticias, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandados, dirigidos y representados por el Letrado D. Francisco Lastres y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, habiéndolo estado el recurrido por el Licenciado D. Antonio Maura y el Procurador D. Fidel Serrano:

Resultando que de escritura otorgada en 25 de Junio de 1877 ante Notario de..., entre el Marqués y su hijo natural legitimado D. M..., aparece

que éste había demandado á aquél para que le abonara diferentes cantidades procedentes de la herencia de Doña R..., de renta de sus bienes, y por otros motivos y para dar por terminadas todas las cuestiones habían convenido las bases que se consignan, entre ellas las siguientes: primera, el Marqués se obligaba á dar á D. M... 18.000 pesos en oro, que le abonaría en el término de seis años, á razón de 3.000 en cada uno, consignándole en garantía hipotecaria 36.110 pesos 48 centavos, que D. I... y otros reconocían impuestos á censo sobre varias caballerías de tierra de la hacienda Bibanasi, de Hato Nuevo, percibiendo el D. M..., mientras tanto, los réditos íntegros de dicho capital; segunda, el propio Marqués entregaba en el acto de la escritura 5.000 pesos oro, en libramientos de censos; tercera, el mismo Marqués hizo renuncia del derecho que pudiera tener á cobrar alimentos al D. M... por todo el tiempo que se los había dispensado después que adquirió éste bienes propios; cuarta, las cuentas ó liquidaciones parciales que se habían pactado entre ellos se revisarían nuevamente, y si resultaba de ellas algún error de hecho ó de derecho se rectificaría éste, quedando adoptado en forma; y quinta, el saldo que resultara de dichas cuentas á favor del Marqués se dejaría en poder de D. M... como anticipo de lo que pudiera señalarle su padre en testamento, y si era menor que el importe del referido saldo, le hacía donación del exceso que resultara, dando por insinuada dicha donación:

Resultando que en 20 de Junio de 1881 D. M... formó y suscribió dos cuentas: la una parcial, referente á los pagos hechos con motivo de la Sociedad que tuvo con su padre para la explotación del cafetal Asunción, propiedad común de ambos; y la otra general, comprensiva de todas las cuentas parciales correspondientes á las diferentes relaciones de intereses que entre los dos habían mediado, terminando así la primera de dichas cuentas: 3.910 pesos 22 centavos oro, que resultó adeudar á mi señor padre, pasan con la fecha del margen al *haber* de la cuenta general que he de formular y presentarle, quedando por consiguiente saldada la presente»; apareciendo en efecto dicha partida incluída con fecha 31 de Diciembre de 1859 en el *haber* de la cuenta general, finalizando ésta con una nota expresiva de ser la misma copia fiel de las cuentas ó liquidaciones parciales que había practicado con su padre, incluyendo las notas puestas en ellas, cuyas cuentas eran las á que se refería la cláusula 4.ª de la escritura de 25 de Junio de 1877 ante Notario, después de revisadas nuevamente y rectificados los errores de hecho y de derecho que contenían, quedando adoptada su forma, solamente que para mejor orden y mayor claridad las presentaba refundidas en una, observando más apropiada relación y orden riguroso de fechas, con las únicas alteraciones que se consignan, leyéndose á continuación otra nota del tenor siguiente: «El saldo de 2.072 pesos 19 centavos á favor de mi señor padre que resulta de la cuenta precedente, como resumen que es de las mencionadas en la nota anterior, y cuyo saldo, por tanto, resulta también de ellas, se deja en mi poder como anticipo de lo que pueda señalarme mi señor padre en testamento, y si es menos que el importe del referido saldo, queda hecha donación á mi favor del exceso que resulte, é insinuada dicha donación; todo conforme con la cláusula 5.ª de la repetida escritura de 25 de Junio de 1877 otorgada ante D...»:

Resultando que en un documento privado suscrito por el Marqués y D. M... el mismo día 20 de Junio de 1881, fecha de las referidas cuentas, declararon: primero, que después de firmarlas ambos en muestra de conformidad, D. M... había observado en ellas otros errores, y convinieron en rectificarlos por medio de aquel documento; segundo, ser los indicados errores, que no se referían á cantidades por mesadas alimenticias, los que con su rectificación expresaron, consignando un resumen, según el cual el nuevo saldo de la cuenta general á favor del Marqués era de 656 pesos

45 centavos, y lo retendría en su poder D. M..., conforme á la cláusula 5.ª de la escritura de 25 de Junio de 1877; y tercero, quedar definitivamente rectificados y enmendados todos los errores de hecho y de derecho de las cuentas que hasta aquel día habían practicado los otorgantes, quienes sólo podrían formarlas en lo sucesivo por razón de partidas legítimas que se hubiesen omitido en las anteriores, conviniendo en que eran perfectamente válidas, tanto las adicionales como las otras dos suscritas en la misma fecha, por serlo también las de su procedencia, de las cuales eran un resumen:

Resultando que dos días después de las cuentas y contratos que se acaban de referir, ó sea el 22 de dicho mes de Junio de 1881, la M..., como apoderada de su marido, y D. M..., otorgaron escritura, consignando haber practicado una liquidación de lo que á éste debía el M... por razón de la de 25 de Junio de 1887, que dijeron ascender, por principal é intereses, á 10.031 pesos 93 centavos oro, que le pagó con 8.733 pesos 34 centavos, valor del potrero San Juan Bautista, que le vendió, y con 1.298 pesos 59 centavos, ya recibidos, dando por cancelada la citada escritura de 1877 y la hipoteca en ella constituída;

Resultando que el Marqués de... falleció en 6 de Julio de 1882, bajo testamento otorgado en 21 de igual mes de 1877, en el que declaró: por la cláusula 7.ª, haber tenido antes de su matrimonio relaciones amorosas con Doña M..., de las que nacieron D. M..., D. J..., Doña M..., Doña M..., D. A... y D. F..., legitimados todos por Rescripto Real, á los cuales, y en representación de su hija difunta Doña M... á los nietos que constituyesen la sucesión de ésta, les legó, por la cláusula 13.400 caballerías de tierra que formaban parte de la hacienda Bibanasi, de Hato Nuevo, y reconocían un censo reservativo de capital de 200.000 pesos; advirtiendo, entre otros particulares, por lo que hacía á la importancia de ese legado, que aun cuando no estaba obligado á dejarles cosa alguna, ni aun en concepto de alimentos, por tener aquéllos bienes propios que debían á su generosidad y protección, no había querido, sin embargo, dejar de consignarles esa prueba más de cariño; pero como entre el testador y sus primeros hijos habían mediado ciertas relaciones de intereses sobre varias propiedades de la herencia de la madre de los mismos, era su voluntad que sus legatarios cumplieran las condiciones que les impondría por codicilo respecto á esos particulares, para que pudieran tener derecho á reclamar el legado y retener en su poder las cantidades y especies que debían colacionar dentro del mismo; por la 14, que si bien sus hijos legitimados y los descendientes del que de ellos había fallecido le habían propuesto, y él aceptado, diversas proposiciones de arreglo referentes á las relaciones de intereses que habían mantenido, como quiera que las pretensiones de aquéllos descansaban en derechos puramente ilusorios, exigía, para que fueran eficaces las consignaciones y renuncias hechas en las escrituras y documentos privados otorgados sobre dichos arreglos, que se cumplieran en absoluto las condiciones contenidas en esos documentos, quedando obligado el que faltara á lo estipulado á devolver á los herederos forzosos del testador lo que hubiese recibido por virtud del acuerdo, más la parte proporcional del legado objeto de la cláusula anterior; por la 17, ser su voluntad que aquel de sus hijos, ó sus respectivas sucesiones que hubiera recibido de él ó recibiera en adelante, lo mismo separada que conjuntamente, cantidades ó especies en concepto de donación, anticipación ú otra forma análoga, las llevara á colacionar dentro de su respectivo *haber*, devolviendo cuanto excediera de sus fuerzas á la masa de sus bienes, por deberse declarar inoficiosa, estimándose, para las colaciones ó deducciones, por la mitad de su valor nominal los capitales impuestos á censo en los terrenos que hubiesen recibido ó recibieran como anticipo y en los que les correspon-

dieran por virtud de aquel testamento y de la división que hubiera de practicarse; advirtiendo que el haber llamado por un error de concepto, legítima, en documentos públicos y privados, á la parte de bienes que había de señalar por última voluntad á sus hijos legitimados, no alteraba la verdadera naturaleza ó concepto legal de lo que había de corresponderles por aquel acto de su libre y espontánea voluntad, y ordenando que, mientras no se cumpliera lo dispuesto en aquella cláusula, no se entregase al que se negara á ello la parte de su *haber*, aun cuando estuvieran satisfechas todas las deudas del testador y hubiese llegado el período de la división; por la 18, que todos sus hijos mayores le iban presentando sus liquidaciones ó cuentas corrientes, que debían comprender aquellas relaciones de intereses que cada uno en particular ó exclusivamente había mantenido con él, y como llevaba aprobadas unas y se había reservado en otras ese derecho hasta examinarlas nuevamente, en razón de ciertas omisiones y errores que había descubierto en ellas, advertía que sus herederos y albaceas respetarían las liquidaciones y cuentas que aparecieran aprobadas por él en absoluto, sin condición alguna, siempre que guardaran conformidad con las disposiciones de aquel testamento y del codicilo que se proponía otorgar; por la 19, nombró albaceas, tenedores y administradores de todos sus bienes, con relevación de fianza, en primer lugar á su consorte la M..., y en segundo y tercero respectivamente á sus hijos D. M... y D. J..., ordenando y mandando que por ningún motivo pudieran sus hijos, así herederos como legatarios, exigir la entrega de sus respectivos *haberes* mientras no estuviesen completamente satisfechas todas las deudas del testador por sus albaceas, á quienes imponía la obligación de formar balances semestrales del estado de su caudal en los días 30 de Junio y 31 de Diciembre de cada año, á fin de que se pudiera apreciar la situación de éste, y mientras no estuviesen cubiertos sus compromisos y durase la proindivisión de la herencia, percibiría cada uno de sus primeros hijos, ó sus legítimas sucesiones, para sus alimentos y por cuenta de los productos que alcanzasen, hecha la divisoria, la cantidad de 100 pesos mensuales, cuyo importe, si excediera de lo que hubiesen producido libremente los respectivos *haberes* hasta el día de la adjudicación, se deduciría de esos mismos *haberes* en lo que excediese, y en los propios términos y por igual concepto, percibiría cada uno de sus hijos legítimos, ó sus representaciones, la cantidad de 300 pesos mensuales, y á su esposa se le pasaría una mesada de 500 pesos para que pudiera cubrir sus más apremiantes necesidades; en la 21, instituyó por sus únicos y universales herederos del resto de todos sus bienes, derechos y acciones á sus hijos D. M..., D. J..., D. R... y D. R...; y, finalmente, por la 22 declaró que si alguno de sus primeros hijos no se conformaba con lo que llevaba dispuesto, quedaría excluído de la parte proporcional que le correspondiera en el legado de especie que les dejaba, acreciendo esa parte á la de sus demás hermanos de madre, y con acción solamente á 100 pesos mensuales para alimentos, que le pasarían los adjudicatarios de su *haber*, entendiéndose esto sin perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas 13 y 14 y de lo que ordenara por el codicilo; y si fuera alguno de sus hijos legítimos, perdería la cuarta parte del tercio de sus bienes en favor de sus demás hermanos por ambas líneas:

Resultando que fallecido en 6 de Julio de 1882, según queda dicho, el Marqués, sin que aparezca otorgara el codicilo anunciado en el testamento, con presentación de éste dedujo D. M... demanda ejecutiva, y no habiéndose dado lugar al despacho de la ejecución, promovió juicio declarativo de mayor cuantía en nueva demanda, en que solicitó se condenara á Doña M..., como albacea administradora de los bienes relictos por el Marqués, y á los herederos legítimos de éste, D. M..., D. J..., D. R... y Don

R..., á que le dieran y pagaran 7.300 pesos, sus intereses legales, contados desde la interpelación judicial y tódas las costas del pleito, fundándose para ello en lo dispuesto por las cláusulas 7.ª, 19 y 21 del referido testamento del Marqués; en no haberse abonado al demandante desde el fallecimiento de aquél ni una sola de las mensualidades de 100 pesos que le señaló por vía de alimentos, ínterin no se practicara la división del caudal relicto, siendo las vencidas desde 6 de Agosto de 1882, hasta igual día de Septiembre de 1888, 73, que á razón de 100 pesos oro cada una, importaban 7.300; en no haber otorgado el repetido Marqués ningún codicilo, ni dejado el actor por su parte de cumplir ninguna estipulación celebrada con su padre, ignorando le hubiera éste impuesto alguna condición á cuyo cumplimiento estuviese obligado, y en deberse cumplir la voluntad del testador, siendo exigibles las obligaciones vencidas, y devengando la cantidad pedida, mediante ser líquida, interés de demora desde la reclamación judicial:

Resultando que al contestar los demandados, presentaron las dos cuentas, una parcial y otra general, fechas 20 de Junio de 1881, que ya se han mencionado, y además una de 6 de Octubre de 1888, formada por el apoderado de la albacea del Marqués al D. M..., á quien se consignan en el *debe* de la propia cuenta: primero, 15.980 pesos oro por lo que percibió de su padre, según recibos, de los que solamente acompañaban uno de 30 de Septiembre de 1861, por ser innecesarios los demás, mediante lo expresado en el mismo, según luego se dirá, haciéndosele este cargo por estar así convenido en el documento privado de 20 de Junio de 1881 y en la enunciada cuenta general de igual fecha, en lo que el actor había cargado á su padre 18.632 pesos por mesadas hasta 31 de Diciembre de 1864, sin hacerle ningún abono á cuenta de las mismas, como si nada hubiera percibido por tal concepto, aun cuando en la primera nota de la repetidamente aludida cuenta general quedó convenido se salvaría dicha omisión; segundo, 540 pesos que le satisfizo el Marqués, según recibo de 31 de Diciembre de 1861; tercero, 629 pesos importe de mesadas, conforme recibos de 10 de Marzo, 3 de Julio y 31 de Agosto de 1862; cuarto, 1.565, por valor de dos libramientos de 15 de Diciembre de 1875; y quinto, 656 pesos 45 centavos por saldo resultante á favor del Marqués, de las cuentas y documento de 20 de Junio de 1881, haciéndose éste cargo en la que se refiere en 6 de Julio de 1882, fecha del fallecimiento de aquél, por no ser hasta entonces exigible, y sumando las cinco partidas expresadas 19.340 pesos 50 centavos; é igualmente presentaron dichos demandados, con escrito de contestación, los recibos mencionados en esta última cuenta, entre ellos el de 30 de Septiembre de 1861, por 204 pesos oro, en el cual se expresa adeudarse sólo en aquella fecha al D. M... 510 pesos y 5 reales por concepto de mesadas; y otro, de 15 de Diciembre de 1875, referente á dos libramientos de 650 pesos el uno, y 915 el otro, ó sea 1.565 ambos, expedidos por el Marqués á la orden de D. M... y que éste endosó á D. M...

Resultando que en el escrito de contestación solicitaron la viuda y albacea del Marqués y los herederos del mismo que se les absolviera de la demanda con las costas al actor y reserva á los demandados de su derecho para reclamar de aquél la demasía de lo que por razón de deducciones sobrepasara de la importancia del legado; á cuyo efecto hicieron mérito, á más de convenir en la certeza de las cláusulas del testamento de Marques, citadas en la demanda, y en haber fallecido aquél sin otorgar codicilo de lo dispuesto en las 13, 17 y 18 del mismo testamento, de la escritura de 25 de Junio de 1877, de las cuentas y documento privado de 20 de Junio de 1881, con las notas que en aquéllas aparecían; de la escritura también de 22 del mes y año últimamente citados y de la cuenta general formada por el apoderado de la viuda y albacea; añadiendo sustancialmente que según

las precitadas cuentas y demás antecedentes indicados, el demandante tenía percibida la cantidad de 19.340 pesos, ascendiendo ésta, según otros comprobantes, no acompañados por no haberse encontrado, pero que se traerían á los autos en el término de prueba, á más de 20.000 pesos; no obstante lo cual, aquél, en la cuenta con su padre, de 1.º de Diciembre de 1875, comprensiva desde el 5 de Enero de 1836 hasta 31 de Diciembre del 64, le cargó por razón de mesadas 18.632 pesos, sin hacerle abono alguno en tal concepto; que del legado hecho por el Marqués á sus primeros hijos de las 400 caballerías de tierra en la Hacienda Bibanasi, que reconocían impuestos á censo 200.000 pesos, correspondían 40.000 al repetido demandante, quedando rebajados á 20.000 para la colación ó deducción del mismo legado, de lo percibido por él, con arreglo á la voluntad del testador, en lo cláusula relativa á aquella colación ó deducción; y que teniendo recibido con exceso, según lo expuesto, D. M... el importe del predicho legado, y hallándose subordinado el pago de mesada alimentia á la condición de la existencia de aquél, ningún derecho tenía para reclamar tal pensión:

Resultando que el demandante replicó negando hubiese percibido el importe del legado, y sosteniendo: que de las liquidaciones de cuentas que hizo con el Marqués no aparecía á favor de éste el saldo de 1.258 pesos 57 centavos, sino el de 656 con 45, según el documento privado acompañado á la demanda; que no debía imputársele en pago de dicho legado la cantidad que se consignaba haber recibido en concepto de alimentos, mediante á que el Marqués renuncio á su cobro en la escritura de transacción de 25 de Junio de 1875, cuya fuerza no podía enervar la cláusula 17 del testamento; que la partida de 1565 pesos por dos libramientos, era importe de la compra de reses que el Marqués había hecho á D. M..., y aun cuando hubiera de imputársele ésta, unida á la de los 656 pesos 45 centavos, saldo de las liquidaciones, ó fuera en junto 2.221 pesos 45 centavos, rebajándose esa suma de los productos de su legado del censo de 40.000 pesos, el cual estaba impuesto al 5 por 100 desde el fallecimiento del Marqués, aun habría lo suficiente para el abono de las mesadas objeto de la demanda, y quedaría un remanente para aumentar el capital; y que á más de todo ello examinando la cuestión conforme á las disposiciones testamentarias del Marqués, la obligación de colacionar ó deducir no debía entenderse como absoluta, sino como pena al que no cumpliera las estipulaciones concertadas con el testador ó sus condiciones testamentarias, pues sólo así resultaría eficaz, séria y deliberada la cláusula del testamento relativa al legado á los hijos legitimados; duplicando, á su vez, los demandados, que dieron por reproducidas las alegaciones de su escrito de contestación con la rectificación de la partida de 1.258 pesos 75 centavos hecha en la réplica, y la declaración, que expresaron ser innecesaria, de que la presentación de los mismos demandados se limitaba á que no se les cobrasen por duplicado las mesadas:

Resultando que abierto el trámite de prueba en la de la parte actora se cotejaron con sus originales las escrituras de 25 de Junio de 1877 y 22 de igual mes de 1881, y la Marquesa viuda absolvió posiciones, expresando, entre otras manifestaciones, tener entendido se habían practicado cuentas en cumplimiento de lo dispuesto por el testador en la cláusula 19 del testamento, pero como ella no hacía dichas operaciones, ignoraba si estaban ó no hechos los balances ordenados en la misma cláusula; ignorando también el concepto en que recibiera el actor los dos libramientos por valor de 1.568 pesos, á que se contraía el recibo presentado con la contestación, pues no intervino en aquel negocio:

Resultando que igualmente practicó prueba la parte demandada, presentando para ella tres cartas suscritas por el actor, expresivas de haber recibido de su padre 209 pesos; tres cuentas expedidas á favor del mismo,

con su V.º B.º, en los años 1847, 1850 y 1853 por valor de 177 pesos y real y medio; y once documentos referentes á cuentas particulares del repetido demandante, correspondientes á los años de 1841 al 1849 y ascendentes á 824 pesos; declarando aquél estar suscritas por el mismo las tres cartas, habiéndolas dirigido á su padre; reconocer como suyas las firmas puestas en las cuentas y documentos, y que las cantidades de su referencia las había satisfecho, no adeudando de consiguiente tales sumas; y, por último, después del indicado trámite de prueba volvió á absolver posiciones, negando recibiese de su padre las cantidades de las mesadas á que se contraían los documentos acompañados á la contestación, porque dichas cantidades estaban cargadas en la cuenta general, y en ella se las abonaba á su mencionado padre, sin ser tampoco cierto que las indicadas anualidades de 816 pesos cargadas al mismo Marqués en la cuenta también acompañada al escrito de contestación, comprendiera estrictamente la cantidad anual de las mensualidades, sin aumento de interés de ninguna clase ni abono en la propia cuenta, como no lo era que la última anualidad de 816 pesos, que por razón de mensualidades cargó en la cuenta corriente sin abonarla en ella á su padre, fuese la correspondiente al 31 de Diciembre de 1864; y que era cierto corresponder los expresados 816 pesos, cargados anualmente en cuenta, á mesadas de 68 que le pasaba su padre cuando vivía con él, aumentándola á 102 cuando estaba fnera de la casa del mismo:

Resultando que, previa la demás tramitación en dos instancias, en 30 de Octubre de 1889, la Sala de lo civil de la Audiencia de... dictó sentencia confirmatoria, con las costas de la apelación, declarando con lugar la demanda, y condenando en su consecuencia á la Marquesa viuda, como albacea y administradora de los bienes quedados al fallecimiento de su consorte el Marqués, y á los herederos de éste D. M..., D. J..., D. R... y D. R... á que dentro de tercero día pagaran á D. M... 7.300 pesos con sus intereses legales de demora al tipo de 8 por 100 desde la interpelación judicial, siendo de cargo de los demandados todas las costas menos las causadas desde los folios 67 al 88 vuelto de los autos que se imponían al actor:

Resultando que, previo depósito de 2.500 pesetas, la Marquesa viuda, en el concepto en que litiga, y sus hijos, herederos del difunto Marqués, han interpuesto recurso de casación, fundado en los números 1.º y 7.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil de Ultramar, citando como infringidos:

1.º La ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª; la doctrina consignada en sentencias de 13 de Julio de 1874, 19 de Octubre de 1880, 1.º de Febrero de 1881 y 24 de Mayo de 1882, que mandan se respete y cumpla la voluntad del testador, claramente expresada, considerándola como ley 1.ª y fundamental en materia de sucesiones; y la cláusula 17 del testameuto del Marqués, de 21 de Julio de 1877, pues la sentencia recurrida exime á D. M... de la obligación de colacionar las diversas cantidades que recibió de su padre el testador, según han pretendido los recurrentes apoyados en esos preceptos:

2.º La misma ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, y la doctrina con ella relacionada, así como la cláusula 19 del citado testamento, puesto que la sentencia condena á pagar las sumas pedidas por D. M..., apreciándolas como mesadas alimenticias, sin condiciones, cuando en la referida cláusula se dice que los 100 pesos señalados los percibirían los hijos legitimados *por cuenta de los productos que alcancen*, lo que necesariamente supone una liquidación, y sin duda la colación referida en el motivo anterior de este recurso, porque es claro que si D. M..., colacionando, como debe hacerlo, todo lo recibido en vida de su padre, resultara pagado del legado, nada tendría que percibir ni productos que esperar:

3.º La ley 29 de Toro, ó sea la 5.ª, tít. 1.º, debiendo entenderse 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que ordena la colación de los bienes

recibidos por el hijo que concurre con sus hermanos á la sucesión de sus padres, toda vez que la sentencia, por el razonamiento indicado en los motivos anteriores, considera á D. M... acreedor de la testamentaría por las mesadas que reclama cuando resulta deudor á la sucesión del Marqués por las cantidades que percibió y detalla la cuenta presentada en autos, sin que contra el precepto legal de la colación quepa invocar arreglos ni transacciones que, aun en el caso de existir, serían ineficaces por prohibirlas la ley:

4.º La regla 17, tít. 34, Partida 7.ª, que prohibe el enriquecimiento torticero, mediante reconocer la sentencia á D. M... el carácter de acreedor á la sucesión del Marqués, por el legado y mesadas que son consecuencia de aquél, á pesar de que, según los contratos de 25 de Junio de 1877 y 20 de Junio de 1881, había cobrado las sumas que los mismos expresan, y resultaba un saldo á favor del Marqués; y reconocer después de esos documentos estar la deuda en pie, y con ella las mesadas, es consentir que el pago de una misma deuda se haga dos veces, incurriendo la sentencia en evidente error de derecho y de hecho, que resulta de documentos auténticos, como son la escritura de 25 de Junio de 1877 y el contrato auténtico de 20 de Junio de 1881, infringiendo en la apreciación de su contenido y de la prueba la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, y los artículos 595, 596 y 603 de la de Enjuiciamiento civil de Ultramar:

5.º La doctrina consignada en sentencias de 27 de Diciembre de 1873, 26 de Mayo de 1876 y 1.º de Junio de 1881, según la cual, á nadie le es lícito ir contra sus propios actos, ni contradecirlos con su conducta; dado que, habiendo reconocido D. M... en los documentos de 25 de Junio de 1877 y 20 de Junio de 1881 que estaba pagado y liquidadas todas sus cuentas con su padre el Marqués, declarándose deudor de éste, no puede reclamar el pago del legado que en su totalidad tenía cobrado, y debía *imputarse en la colación*, y menos aun podía intentar reclamación alguna D. M... después de haber otorgado los contratos referidos, siendo de notar que la cláusula 3.ª del convenio de 1877 está aplicada en sentido contrario á su texto, pues la renuncia del derecho á reclamar alimentos la hacía el Marqués, pero éste no renunció nunca á cobrar á su hijo las sumas que le debiera:

6.º El art. 8.º de la ley de 14 de Marzo de 1856, y las doctrinas referentes á la morosidad y á que sólo se deben intereses por las cantidades líquidas, como ha declarado este Tribunal Supremo en sentencia de 1.º de Febrero de 1889, por condenar la Audiencia de... á la sucesión del Marqués á pagar intereses de demora, sin embargo de reconocer que hay cargos admisibles contra el demandante en las cuentas presentadas en autos;

Y 7.º El mismo art. 8.º de la referida ley de 14 de Marzo de 1856, atendido que la sentencia condena á pagar interés legal del 8 por 100 en lugar del 6 por 100; infringiendo también el Real decreto de 21 de Junio de 1864, que al extender á Ultramar la ley peninsular no alteró el tipo ordinario del interés legal, limitándose á sustituir la Audiencia del Consejo de Estado por la de los Consejos de Administración que funcionan en las provincias de Ultramar:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrinas invocadas en los tres primeros motivos, porque no es cierto que exima á D. M..., como suponen los recurrentes, de la obligación de colacionar las cantidades ó donaciones que hubiese recibido de su padre, pues lo que dicha sentencia declara sustancialmente es que, según la voluntad expresa del testador, mientras no se liquide y divida el caudal testamentario,—como no resulta liquidado ni dividido,—tiene derecho el demandante á percibir la pensión alimenticia que aquél le señaló en su testamento, sin

perjuicio de que en su día se deduzca y colacione el exceso que pueda haber entre el importe de la referida pensión y el producto del legado:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las disposiciones legales y doctrina citadas en los motivos 4.° y 5.°, porque cualquiera que sea la equivocación ó improcedencia de alguno de sus fundamentos, contra los cuales no se da recurso de casación, es lo cierto, como así lo estima la Sala sentenciadora, que en la cuenta general de 20 de Junio de 1881 se refundieron todas las cuentas parciales que habían mediado entre el Marqués y su expresado hijo D. M..., á las que se refiere la condición 4.ª de la escritura de transacción que celebraron en 25 de Junio de 1887; porque, según el documento privado que suscribieron con la misma fecha de la cuenta general, el saldo resultante de ésta en favor del padre fué el de 656 pesos y 45 centavos, que había de colacionarse como deuda del hijo; y finalmente, porque de un modo expreso se pactó entre ambos «que quedaban *definitivamente* rectificados y enmendados los errores de hecho y de derecho de la cuenta que hasta aquel día habían practicado los otorgantes, quienes sólo podrían formularlas en adelante por razón de *partidas que se hubiesen omitido en las anteriores*», en cuyo caso no se encuentran las mesadas que se suponen percibidas por el actor, toda vez que, como igualmente declara la sentencia, dichas mesadas figuran incluídas en las cuentas que fueron aprobadas y finiquitadas:

Considerando que procede también desestimar el motivo 6.°, porque la suma reclamada por razón de alimentos devengados es conocida y cierta, y ni afecta en nada á la obligación de colacionar, ni su cobro puede depender de la liquidación que deba practicarse en su día para la entrega del legado;

Y considerando que igualmente debe desestimarse el motivo 7.°, porque tanto al interponerse la demanda, como al dictarse el fallo de primera instancia, que fué confirmado en todas sus partes por la sentencia recurrida, el interés legal que regía en Cuba era el de 8 por 100, fijado por la Real orden de 18 de Diciembre de 1879, en virtud de la facultad conferida al Gobierno por la ley de 14 de Marzo de 1856; y porque si bien es cierto que dicho interés fué reducido al de 6 por 100 por la Real orden de 14 de Abril de 1889, que reconociendo igual origen, tiene también carácter legal, ni esta otra Real orden ha sido invocada como fundamento del recurso, en el que ha debido citarse con precisión la ley ó doctrina infringida y el concepto en que lo haya sido, ni los efectos de ella, sólo aplicables desde que la misma empezó á regir en la expresada isla de Cuba, pueden afectar á los intereses devengados con anterioridad, que deben liquidarse al tipo de 8 por 100, que era entonces el vigente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña M..., D. M..., D. J..., D. R... y D. R..., en el concepto en que respectivamente litigan en estos autos, condenándoles al pago de las costas y á la pérdida del depósito consttituído, el que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de... la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 20 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Mayo del mismo año.)

87

RECURSO DE CASACIÓN (21 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas*.—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Bartolomé Abrahan en pleito con D. Luis Planas (Audiencia de Palma), y se resuelve:

Que según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo, conforme á lo prevenido en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, no puede ser admitido el recurso de casación por infracción de ley cuando se refiere á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido en el núm. 7.º del 1692, esto es, que se alegue haber sido hecha dicha apreciación con error de derecho, citando la ley ó doctrina legal relativa al valor de las pruebas que se crea infringidas ó con error de hecho comprobado por documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador:

Que el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil deja la prueba de testigos al prudente criterio del Tribunal sentenciador.

Resultando que en autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos por demanda de D. Bartolomé Abrahan y Coll contra D. Luis Planas y Bordoy, sobre pago de pesetas, la Sala de justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca pronunció en 10 de Diciembre del año próximo pasado, sentencia confirmatoria de la del Juzgado de Manacor, por la que se absolvió al D. Luis Planas, en el concepto de Administrador gerente de la Sociedad L. Planas y Compañía, en que había sido demandado, con condena al actor y apelante en las costas de la primera instancia y sin hacer especial imposición de las de segunda:

Resultando que en su consecuencia el D. Bartolomé Abrahan, declarado pobre para litigar, ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los párrafos primero y séptimo del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando para fundarle los siguientes motivos:

1.º Que si bien con arreglo al art. 659 de la citada ley de Enjuiciamiento civil, los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellas concurran; sin embargo, el segundo párrafo del mismo artículo, dice: «que cuando la ley determine el número ó la calidad de los testigos, como solemnidad ó circunstancia expresa del acto á que se refiere, se observará lo dispuesto para aquel caso»; y aun cuando la apreciación de las pruebas incumbe, de consiguiente, á la Sala sentenciadora, esta facultad no es tan absoluta que autorice á los Tribunales para prescindir de las reglas establecidas en nuestro antiguo derecho; subsistiendo vigentes, á pesar de la modificación introducida por el enunciado art. 659 de la Novísima ley del procedimiento civil, 317 de la antigua, las de Partida, determinantes de los requisitos que han de tener las pruebas para poder ser apreciadas por los Tribunales, no pudiendo derogarlas las de Enjuiciamiento puramente adjetivas, y debiendo sujetarse á ellas los juzgadores al apreciar las pruebas, como así lo tiene declarado este Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre otras la de 30 de Enero de 1865, en la cual se sienta la doctrina de que sólo cuando el Tribunal sentenciador aprecia la fuerza probatoria de las declaraciones, dentro del círculo de sus atribuciones y sin faltar á las reglas de la sana crítica, ni á las que contienen las leyes 1.ª y 8.ª, tít. 14, 28, 29, 32, 40 y 41 de la Partida 3.ª, es cuando no se da recurso contra aquella apreciación; pero no siendo así, faltándose á esas reglas se comete infracción legal, y en la sentencia recurrida no se han apreciado ni tenido en cuenta las declaraciones de varios testigos sin tacha alguna legal, de ser cierto que el recurrente firmaba en blanco las letras de cambio que le mandaba D. Luis Planas, no siendo exacto, por tanto, lo del valor recibido, único fundamento del fallo absolutorio, sin haberse tampoco apreciado el conjunto de las demás pruebas complementarias no contradichas por la practicada á instancia del demandado, prescindiendo por ello en un todo de las reglas de la sana crítica, é infringiendo las expresadas leyes 40 y 41, tít. 16 de la Partida 3.ª:

2.° Hacer prueba plena con arreglo á la ley 32 de los expresados título y Partida, dos testigos unánimes, contestes y libres de toda excepción, y sin embargo de que en el pleito más de dos sin tacha alguna legal habían declarado ser cierto que al firmar las letras D. Bartolomé Abrahan no sentaba su importe, estas declaraciones se habían apreciado con infracción de la precitada ley:

Y 3.° Constituir la letra de cambio un contrato de mutuo mercantil, aplicado en tal forma por el comercio para facilitar los giros, estando sujeto á las reglas establecidas por el derecho común en cuanto á las obligaciones y derechos que de ella se derivan, siempre que no contradigan las prescripciones del Código de Comercio, en cuya atención, por más que en las letras giradas por cuenta del recurrente se expresara «valor recibido», como se había demostrado de una manera evidente no existir tal valor recibido, é incumbía en todo caso su prueba á la razón social demandada, era clara la infracción de la ley 9.ª, tít. 10, Partida 5.ª:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que, según tiene declarado con repetición este Tribunal Supremo, conforme á lo prevenido en el núm. 9.° del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, no puede ser admitido el recurso de casación por infracción de ley cuando se refiere á la apreciación de las pruebas, á no ser que esté comprendido en el núm. 7.° del 1692, esto es, que se alegue haber sido hecha dicha apreciación con error de derecho, citando la ley ó doctrina legal relativa al valor de las pruebas que se crea infringidas con error de hecho, comprobado por documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que en el presente recurso se impugna, sin los requisitos necesarios, la apreciación de las pruebas hechas por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, y especialmente la de testigos que la ley en su art. 659 deja al prudente criterio del Tribunal sentenciador, siendo improcedente la cita de leyes de Partida que se hace como fundamento del recurso, y también la referencia á las reglas de sana crítica que no se hallan consignadas en ningún precepto legal, concreto y taxativo que se haya citado como infringido;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don Bartolomé Abrahan y Coll, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Palma de Mallorca la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido; y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 21 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 1.° de Mayo del mismo año.)

88

Recurso de casación (21 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Interdicto de recobrar.*—Ha lugar, en parte, á la admisión del interpuesto por D. Francisco Bahamondez en pleito con D. Matías Sánchez y otros (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que si bien es cierto que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con arreglo á lo dispuesto en el núm. 3.° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias cuando proceda con arreglo á derecho, es improcedente el recurso en que se invoque como infringido aquel precepto, si su fundamento es el caso contrario de admisión de documentos de

prueba, porque los motivos de casación son sólo los que están expresamente determinados por la ley, y no pueden ampliarse por razón de analogía:

Que se incurre en el quebrantamiento de forma á que se refiere el número 4.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, admitiendo y apreciando en la sentencia un documento de prueba expedido sin citación y sin acordar el cotejo pedido por la parte que lo presenta:

Que no es de estimar el quebrantamiento de forma que se supone cometido en primera instancia, si aun cuando se haya pedido la subsanación en la misma, no consta que se haya reproducido la petición en la segunda, como se requiere, de conformidad con lo establecido en el art. 1696 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Marzo de 1891, en el interdicto de recobrar la posesión de un huerto, seguido en el Juzgado de primera instancia de Puebla de Sanabria y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por D. Francisco Bahamondez Chimeno, con D. Matías Sánchez Domínguez y D. Esteban Remesal Fernández y con D. Sergio Fernández González, propietario, vecinos todos de Puebla de Sanabria, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el demandante, y sostenido en su defensa y representación por el Letrado D. Luis Sánchez Ulloa y el Procurador D. Luis Soto, no habiendo comparecido los recurridos:

Resultando que en 8 de Marzo de 1889 acudió D. Francisco Bahamondez al Juzgado de primera instancia de Puebla de Sanabria formulando, en escrito autorizado con su firma y la de un Letrado, demanda de interdicto de recobrar la posesión de una porción de terreno ó huerto llamado de la Bamba, sito en el término de aquella villa, de que había sido despojado en la tarde del 21 de Febrero anterior por sus convecinos D. Matías Sánchez Domínguez y D. Esteban Remesal Fernández, que penetrando en dicho huerto lo araron y cultivaron, sembrándolo convenientemente, sin que pudiera decir de qué clase de fruto; añadiendo que dicho huerto lo había comprado á D. José Alvarez de la Vega en 20 de Diciembre del año anterior, desde cuya fecha venía en posesión de él, utilizando los frutos que tenía, arreglando sus paredes y cavando en su mayor parte para sembrarlo de nuevo:

Resultando que admitida la información testifical sobre los hechos alegados, ofreció el demandante prestaran declaración doce testigos, que presentó, y se mandó convocar á las partes á juicio verbal para el día 7 de Mayo, en cuyo acto reprodujo el actor su demanda, y contestó la representación de los demandados; que el huerto en cuestión había sido embargado con sus frutos con anterioridad á la fecha en que se suponía hecho el despojo á instancia de D. Sergio Fernández por el Juzgado municipal de aquella villa para pago de cierta cantidad que al D. Sergio adeudaba Don José Alvarez de la Vega; que siendo el demandado D. Matías Sánchez depositario de tal embargo, y el otro demandado como jornalero, practicaron ambos por orden y cuenta de D. Sergio los actos denunciados en la demanda; y que, por lo tanto, no se creían en el caso de responder al interdicto deducido, que debía entenderse tan sólo con D. Sergio Fernández; solicitando además, que para acreditar lo expuesto, se reclamara el testimonio correspondiente del Juzgado municipal de aquella villa, suspendiéndose en el ínterin este juicio; y en tal sentido lo acordó el Juzgado suspendiendo el acto, ordenando que se librase mandamiento al Juez municipal de aquella villa para que certificase á continuación la diligencia de embargo indicada por los demandados, así como también la anotación de dicho embargo, si existiese en el expediente, y caso negativo, se expidiese otro mandamiento al Registrador de la propiedad para que certificase

acerca de dicha anotación, fijándose el plazo de tercero día para la que había de expedir el Juez municipal, y el que con arreglo á la ley Hipotecaria necesitase el Registrador en su caso; á cuyas diligencias podrían asistir las partes por si quisieren adicionar particulares atinentes á sus respectivos derechos de que debiera certificarse:

Resultando que unido á los autos el testimonio reclamado, del que aparece que en 8 de Enero de aquel año fué embargado el huerto en cuestión en unión de otro como de la propiedad de D. José Alvarez para pago de cierta cantidad que era en deber á D. Sergio Fernández, nombrándose depositario de los frutos á D. Matías Sánchez; que dicho embargo fué anotado preventivamente en el Registro de la propiedad, después de haberse inscrito la posesión de las fincas á nombre de Alvarez; y que á petición del mismo D. Sergio se había decretado la venta en pública subasta de los bienes embargados, señalando para su remate el día 29 de aquel mes de Mayo, se convocó de nuevo á las partes para la continuación del juicio, ordenando que se citara también á D. Sergio Fernández, en cuyo acto, que tuvo lugar en los días 21 y 23 del mismo mes de Mayo, comenzó observando el demandante que la certificación traída á los autos era ineficaz por haberse expedido sin citación contraria, aparte de lo cual no justificaba que el demandado D. Matías Sánchez fuera nombrado depositario de la finca objeto del interdicto, y si bien aparecía de la misma que había sido nombrado depositario de los frutos, tal cargo no le facultaba para entrar en la finca y cultivarla y utilizarla como suya, despojando al legítimo poseedor; y que D. Sergio Fernández tampoco tenía derecho alguno á ordenar el cultivo de dicha finca, por el sólo hecho de ser acreedor de Don José Alvarez y haberla embargado como de la propiedad de éste; y por parte del D. Sergio se alegó que los demandados obraron por cuenta de él y bajo su responsabilidad, por lo que pedía su exclusión en este juicio, en el que sólo debía figurar él como demandado, y propuso, por último, prueba testifical, que fué admitida y practicada en el mismo acto, acerca, entre otros extremos, de la posesión material que tenía de la huerta en cuestión:

Resultando que al siguiente día 24 de Mayo dictó sentencia el Juez, declarando no haber lugar al interdicto de recobrar, propuesto por Don Francisco Bahamondez, con imposición de todas las costas; y remitidos los autos á la Audiencia de Valladolid, por virtud de la apelación que se le admitió en ambos efectos, se personó en tiempo á sostener la alzada, instruyéndose de los autos y del apuntamiento que se formó, y al evacuar la representación del apelado D. Sergio Fernández el trámite de su cargo, acompañó por un otrosí una certificación expedida por el Secretario del Juzgado municipal de Puebla de Sanabria, expresiva del embargo que á su instancia y ejecución de la sentencia dictada en juicio verbal seguido contra D. José Alvarez sobre pago de 945 reales, se había practicado sobre dos huertos de la propiedad de dicho demandado, uno de ellos el que era objeto de este interdicto, que había sido valorado con sus frutos en 44 pesetas; y de que en 29 de Mayo último fué rematado en pública subasta por el acreedor D. Sergio, aprobando el Juez el remate; diciéndose en dicho otrosí, que por causas independientes de la voluntad del alegante, no había presentado aquella certificación en el acto del juicio verbal ante el Juzgado, por cuya razón, y haciendo uso del derecho concedido en el artículo 63, núm. 2.º, en relación con el 506 de la ley de Enjuiciamiento civil, acompañaba dicho documento para que surtiera los efectos debidos, pidiendo que previa citación contraria, si se ponía en duda su autenticidad, fuera cotejado con su original:

Resultando que la Sala de lo civil de aquella Audiencia acordó unir á los autos la certificación expresada á los efectos que pudiera haber lugar

en su día, y terminada la sustanciación de la instancia, previa citación y vista, dictó sentencia en 21 de Enero de 1890, confirmando con las costas la apelada:

Resultando que D. Francisco Bahamondez interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en los casos 3.º y 4.º del artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º Por razón de haberse admitido prueba testifical y documental en ambas instancias al demandado D. Sergio Fernández, sobre hechos extraños y ajenos á la cuestión promovida, que era sólo la de posesión y no la de mejor derecho, faltando así á lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1656 que dice: que sólo se admitirán las pruebas que se refieran á los dos extremos expresados en el art. 1652, que son el hallarse el reclamante ó su causante en posesión y haber sido inquitados en ella; por lo que se hallaba este quebrantamiento comprendido á contrario *sensu* en el citado caso 3.º del art. 1693, pues lo dispuesto en él respecto á la falta de recibimiento á prueba cuando proceda, comprendía el caso contrario de recibir á prueba cuando no proceda, toda vez que la prueba admitida á D. Sergio Fernández hasta en la segunda instancia, se refería, no á que poseyeran el huerto D. Matías Sánchez ó D. Esteban Remesal ó D. Sergio Fernández, sino á que este último era acreedor de D. José Alvarez, á quien había demandado en juicio y embargado y vendido bienes:

Y 2.º Porque admitida en ambas instancias prueba documental al demandado D. Sergio, pues como tal se consideraba en la sentencia, dictada la certificación presentada en primera instancia, relativa al embargo y juicio promovido por D. Sergio Fernández contra D. José Alvarez y la presentada en la segunda, relativa á la terminación de dicho juicio hasta el completo pago al D. Sergio por la adjudicación del huerto y su inscripción en el Registro, no se había citado al recurrente en forma legal ni de ninguna otra manera para la práctica de dicha prueba, constituyendo esa falta de citación el motivo de casación señalado con el núm. 2.º del citado artículo 1693.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan N. de Undabeytia:

Considerando que si bien es cierto que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con arreglo á lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias cuando procediese con arreglo á derecho, es también cierto que este no es el primer fundamento de los expuestos en el presente recurso, sino, por el contrario, es el de admisión de documentos de prueba; y no siendo éste el caso legal, no procede el recurso por este fundamento, porque los motivos de casación son sólo los que están expresamente determinados por la ley y no pueden ampliarse por razón de analogía, como pretende el recurrente:

Considerando que es otro fundamento de casación por quebrantamiento de forma, con arreglo á lo prescrito en el núm. 4.º del citado artículo 1693, la falta de citación para alguna diligencia de prueba invocada como segundo motivo del recurso, en cuyo defecto incurrió la Sala sentenciadora por haber admitido y apreciado en la sentencia un documento de prueba expedido sin citación y sin haberse acordado su cotejo, como pidió la parte apelada que lo presentó; y que no es de estimarse del mismo modo la falta de citación para prueba que se alega haberse cometido en la primera instancia, porque aun cuando se haya pedido la subsanación de la instancia en que se cometió, no consta que se haya reproducido la petición en la segunda como se requiere, de conformidad con lo establecido en el art. 1696 de la ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Francisco

Bahamondez, en cuanto al extremo comprendido en el segundo motivo alegado, de no haber sido citado el recurrente para la práctica de la prueba documental suministrada en la segunda instancia, y no haber lugar á los demás extremos del recurso; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 21 de Enero de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, y mandamos que, reponiendo los autos al ser y estado que tenían al presentarse en la segunda instancia á nombre de Don Sergio Fernández González el escrito de 29 de Septiembre de 1889, con la certificación al mismo acompañada, proceda la susodicha Sala de la Audiencia con arreglo á derecho; y líbrese á la misma la certificación correspondiente, con devolución de los autos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 21 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

89

Recurso de casación en la forma (21 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Desahucio.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Rodríguez en autos con D. Ramón Fernández (Juzgado de primera instancia de Chantada), y se resuelve:

Que no existe el quebrantamiento de forma á que se refiere el núm. 1.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, si el demandado de desahucio fué citado dos veces para el juicio y se celebró éste once días después de la segunda:

Que no es de estimar el quebrantamiento de forma á que alude el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto á la personalidad de quien como marido de la dueña de las fincas objeto de un desahucio instó el juicio, si tal personalidad está reconocida por el demandado que contrató con aquél admitiendo en un todo las circunstancias y caracteres con que obró al otorgarse el documento de arriendo:

Que fundándose la demanda de desahucio de una finca rústica en no haber satisfecho el arrendatario la renta en la especie estipulada en el contrato y la contribución, según se había convenido, tiene perfecta aplicación al caso lo prescrito en el art. 1562 de la ley de Enjuiciamiento civil, y es, por tanto, de la competencia del Juzgado municipal conocer del asunto.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Marzo de 1891, en el juicio de desahucio de dos fincas rústicas seguido en el Juzgado municipal de Taboada y en el de primera instancia de Chantada por D. Ramón Fernández García, propietario, vecino de San Cristóbal de Viloide, en representación de su esposa Doña Concepción Rodríguez Méndez, con D. José Rodríguez Vázquez, vecino de San Tomé do Carballo, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el demandado y sostenido en su defensa y representación ante este Tribunal Supremo por el Letrado D. Miguel Castells y el Procurador D. Manuel Montero y Casal, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que en documento privado extendido y firmado en el lugar y parroquia de San Tomé do Carballo, á 30 de Septiembre de 1887, por Don Ramón Fernández y un testigo á ruego de D. José Rodríguez Vázquez, por no saber firmar, se hizo constar: que por las dos escrituras públicas cuyas fechas se expresaban, D. José Ferreiro adquirió dos fincas rústicas denominadas Chousa de Salguiros y Leira de Chao, que por su fallecimiento heredó su hija Serafina, y por el de ésta su madre Doña Concepción Rodríguez, en cuya representación, como legítimo Administrador de

sus bienes, concurría á este contrato el otorgante D. Ramón Fernández, segundo marido de Doña Concepción; que el otro otorgante D. José Rodríguez Vázquez venía poseyendo dichas fincas en virtud de arriendo hecho por el finado D. José Ferreiro, y pretendía que D. Ramón Fernández le diera en arriendo dichas fincas con las mismas condiciones en que las había llevado hasta entonces; y que en su virtud llevándolo á efecto quedaba obligado el arrendatario Rodríguez á pagar como precio por los meses de Agosto á Septiembre de cada año 15 ferrados de centeno, la renta dominical y la contribución territorial, así como á dejar las fincas tan pronto como se lo exigiera el arrendante, con otras varias condiciones:

Resultando que en 28 de Junio de 1890, el D. Ramón Fernández García, en representación de su citada esposa, citó de conciliación á D. José Rodríguez Vázquez ante el Juzgado municipal de Taboada, para que en el mes de Septiembre de aquel año dejara libres y á su disposición las dos fincas rústicas susodichas, á lo cual contestó Rodríguez que por lo extralimitado y descabellado de la demanda se oponía á ella:

Resultando que con el documento privado referido y otros que no son del caso, dedujo D. Ramón Fernández en dicha representación y en el mismo Taboada en 20 de Enero de 1890, la demanda de desahucio contra D. José Rodríguez de las dos fincas rústicas de que se viene haciendo mención, repitiendo en los hechos lo consignado en el contrato privado de arrendamiento, y alegando además: que el arrendatario Rodríguez no había cumplido con lo relativo al pago de la contribución, ni había satisfecho los 15 ferrados de centeno correspondientes al año anterior 1889; y que además, no habiéndose fijado plazo para la terminación del arrendamiento, y conviniéndole al demandante incautarse de las fincas, lo había demandado en acto de conciliación en Junio último para que las dejara en Septiembre, por cuanto el arrendador puede desahuciar judicialmente al arrendatario de fincas rústicas en los casos en que no hay término señalado para la duración del contrato, cuando haya espirado el tiempo necesario para la recolección de los frutos, según el art. 1569 del Código civil, en su caso 1.º:

Resultando que en providencia del mismo día 20 de Enero, se mandó convocar las partes para la celebración del juicio en el día 25, haciéndose la citación del demandado en 22, y no habiendo comparecido éste en dicho día, á petición del demandante se acordó que se le citara de nuevo, señalando para la celebración del juicio el día 8 de Febrero siguiente, habiéndose hecho ésta según la citación á Rodríguez en 28 del mismo mes:

Resultando que D. José Rodríguez impugnó la demanda en el acto del juicio verbal, oponiendo á ella en primer término la excepción dilatoria de falta de personalidad en el demandante, porque ni acreditaba que estuviese casado con Doña Concepción, ni que ésta fuera heredera de un hijo ó hija que le hubiese quedado de su primer matrimonio; en segundo lugar, que se había infringido lo dispuesto en el art. 1572 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque habiéndose señalado para su comparecencia en juicio verbal el día 25 de Enero, y habiéndosele citado en 22, no habían mediado los tres días que exigía aquel artículo, constituyendo esto un vicio de nulidad esencialísimo; y por último, redarguyendo criminalmente de falso el documento privado de arrendamiento, presentado con la demanda, y habiendo replicado el demandante alegando entre otras consideraciones; que no cabía en esta clase de juicios proponer excepciones de previo pronunciamiento; que aparte de esto, carecía de razón la excepción de falta de personalidad, porque en el documento privado de arrendamiento tenía reconocido el demandado lo que ahora pretendía desconocer; y que entre la citación del mismo y la celebración del juicio, no sólo habían mediado tres, sino hasta diez días; ordenó el Juez á dicho deman-

dado que contestase la demanda, é insistió éste por su parte en las excepciones que tenía propuestas, después de lo cual se propusieron pruebas por ambas partes, que admitió el Juzgado, señalando día para su práctica:

Resultando que practicadas dichas pruebas y celebrada nueva comparecencia, á la que acudieron ambas partes, dictó sentencia el Juez municipal de Taboada en 3 de Marzo de 1890, declarando haber lugar al desahucio pedido, y mandando apercibir de lanzamiento á D. José Rodríguez, si en el acto no dejaba á disposición del demandante las dos fincas, condenándole además á que pagara la contribución territorial de que se hallaba en descubierto y los 15 ferrados de centeno de la renta del año último;

Resultando que admitida al demandado Rodríguez la apelación que interpuso, consignando al mismo tiempo la cantidad de 47 pesetas y 10 céntimos por el importe de los 15 ferrados de centeno y de la contribución que se le mandaba pagar, se remitieron los autos al Juzgado de primera instancia de Chantada, ante el que comparecieron ambas partes, reproduciendo el apelante en el acto del juicio verbal todas las excepciones y alegaciones que tenía expuestas en la primera instancia, y además la de incompetencia de jurisdicción en el Juzgado municipal para conocer del juicio, por cuanto al desahucio se había propuesto fundado en la falta de pago de la renta y de las contribuciones, y en haber espirado el término, siendo una sola de estas causas de la competencia del Juzgado municipal, sin que pudiera decirse que la hubiese él consentido, porque tratándose de imcompetencia, por razón de la materia, no podía prorrogarse la jurisdicción, á cuya excepción opuso el apelado que para desestimarla bastaba leer el artículo 1562 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que en 28 del mismo mes de Marzo del año último dictó sentencia el Juez de primera instancia confirmando con las costas la apelada, y dentro del término legal interpuso D. José Rodríguez Vázquez recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fué admitido, fundado en los números 1.º, 2.º y 6.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil; en cuanto al primero, porque el emplazamiento no se había hecho de la manera que la ley dispone por no haber mediado entre el mismo y la comparecencia los días necesarios; respecto del segundo, por razón de falta de personalidad en el demandante, por los conceptos expuestos desde su primera comparencia ante el Juez municipal; y respecto del sexto, porque habiéndose fundado el desahucio, entre otras causas, en la de infracción de las condiciones del arriendo, su conocimiento correspondía al Juzgado de primera instancia, conforme á lo establecido en el núm. 2.º del art. 1563 de la ley de Enjuiciamiento civil, á pesar de lo que se había tramitado en el Juzgado municipal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que el recurrente D. José Rodríguez Vázquez fué citado dos veces para el juicio, dando lugar á la segunda citación que se hizo el 28 de Enero del año próximo pasado, el no haber comparecido antes; celebrándose, por último, dicho juicio el 8 de Febrero, lo cual demuestra lo infundado de la alegación que en el presente recurso se hace con respecto al quebrantamiento de forma previsto en el núm. 1.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que la personalidad de D. Ramón Fernández en el juicio de desahucio por él instado, como marido de Doña Concepción Rodríguez, dueña de las fincas que llevaba en arrendamiento el Rodríguez, está reconocida por éste que contrató con aquél, admitiendo en un todo las circunstancias y caracteres con que obró al otorgarse el documento privado obrante en los autos, por lo que es visto no haber existido el quebrantamiento de forma del núm. 2.º del art. 1693 ya citado:

Considerando, por último, que fundándose la demanda de desahucio

interpuesta á nombre de D. Ramón Fernández en no haber satisfecho el arrendatario Rodríguez, durante el año 1889, la cantidad de centeno estipulada en el contrato y el pago de la contribución, según se había convenido, tiene perfecta aplicación al caso lo prescrito en el art. 1562 de la repetida ley de Enjuiciamiento civil, y fué, por tanto, de la competencia del Juzgado municipal conocer del asunto, como conoció, sin quebrantar forma alguna esencial del procedimiento;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. José Rodríguez Vázquez, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; y líbrese al Juzgado de Chantada la certificación correspondiente, con devolución de los autos remitidos. — (Sentencia publicada el 21 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

90

Recurso de casación (23 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Declaración en quiebra.*—No ha lugar al interpuesto por D. Vicente Chapa en pleito con D. Juau Vicente Pérez y otros (Audiencia de Valencia) y se resuelve:

Que la sentencia que resuelve una cuestión distinta de la planteada en el recurso, ni comete, ni puede cometer las infracciones que al formularlo se le atribuyan bajo la hipótesis contraria.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Marzo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma ciudad, por D. Juan Vicente Pardo y Pérez y D. Joaquín Martínez Roger, vecinos y del comercio de Valencia, representados por el Procurador D. Francisco Egea y defendidos por el Licenciado D. Adriano Curiel y Castro con Don Vicente Chapa y Olmos, propietario, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. Juan Hernández y Hernández, bajo la dirección del Letrado D. Víctor Navarro, sobre declaración en quiebra:

Resultando que por medio de documento privado, fechado en Valencia á 25 de Febrero de 1879, D. Juan Vicente Pardo y Pérez, del comercio de aquella ciudad, vendió á D. Vicente Chapa y Olmos, de igual profesión y vecindad, una partida de madera que debía pesarse en su fábrica al precio y con las condiciones que estipularon, indemnización de daños y perjuicios, intereses y costas, y el importe, luego que fuese reconocido, debía contenerse en pagarés á dos, cuatro, seis, ocho y diez meses fecha, firmados por Chapa á la orden del vendedor D. Juan Vicente Pardo:

Resultando que interpuesta por éste demanda en 1.º de Julio de dicho año 1879 para el pago del importe de uno de dichos pagarés y emplazado el demandado, compareció en los autos el Procurador D. Manuel Loreto Serrano en nombre ó con poder otorgado á su favor en esta corte por Don Vicente Chapa y Olmos, á 23 de dicho mes de Julio de 1879, en el que se tituló vecino y del comercio de Valencia; y habiéndose estimado el artículo de incontestación que propuso, deducida nueva demanda, la contestó, conviniendo en la certeza del contrato referido, si bien excepcionando la novación del mismo en cuanto á los plazos, y ratificado bajo juramento, en ella se tituló, al hacerlo, del comercio y vecino de Valencia:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó en 7 de Febrero de 1882 sentencia firme condenatoria, con las costas, de la del Juez de primera instancia, estimando subsistente el contrato mercantil celebrado entre las partes y condenando al demandado al pago de la cantidad reclamada con los intereses legales desde que incurrió en mora:

Resultando que para el cumplimiento de esta sentencia se acordó el embargo de bienes del deudor, y constituído el alguacil en la casa que vivió Chapa, plaza de las Comedias, núm. 20, y despacho de éste, el encargado de él dijo que no tenía dinero ni orden para el pago, ni podía designar bienes, porque en la caja no había valores, y caso de haberlos, serían propiedad de la viuda y herederos dé D. Vicente Chapa y Escantell, á quien pertenecía el despacho, no pudiendo tampoco exhibir libros, porque la casa hacía cinco meses que se había dado de baja en la Administración, y que D. Vicente Chapa era á la sazón vecino de Santander; habiéndose procedido al embargo de la parte que en dicha herencia pudiera corresponder al ejecutado, de la que le correspondía asimismo en la casa habitación, y además una fábrica de aserrar, otra de vapor, una bomba y una báscula, manifestando el Depositario que creía que estos bienes estaban ya embargados en otros autos; habiéndose además practicado un reembargo de todos estos bienes en 16 de Mayo de 1883, para pago de costas:

Resultando que requerido D. Vicente Chapa á instancia del acreedor á virtud de lo mandado en providencia de 29 de Marzo de 1886 para que designase bienes libres de su propiedad bastantes á cubrir el crédito reclamado, bajo apercibimiento de declararle en quiebra, contestó que ya tenía designados bienes propios, cuyo valor era superior á 300.000 pesetas, y además la parte de su herencia paterna, todo lo cual bastaba con exceso para cubrir sus responsabilidades:

Resultando que otorgado poder en Valencia en 6 de Abril de 1886 al Procurador D. José Castañer por D. Vicente Chapa, titulándose del comercio y vecino de Santander, se personó á su nombre dicho Procurador en 7 de dicho mes, solicitando la reposición de la providencia de 29 de Marzo, en cuanto por ella se le apercibía de declararle en quiebra, por cuanto no era comerciante y no cabía legalmente tal declaración, no cabiendo tampoco aun cuando fuera comerciante, mientras no se justificase la suspensión general de pagos ó cualquiera otra de las circunstancias que exigía la ley; é impugnada la reposición por D. Juan Vicente Pardo, se llamaron los autos para proveer:

Resultando que dictada sentencia de remate á instancia de D. Joaquín Martínez Roger para el pago de 20.000 pesetas que le era en deber D. Vicente Chapa y Olmos, importe de unos pagarés procedentes de operaciones de comercio, en cuyo juicio le fueron embargados los mismos bienes anteriormente indicados, y en el mismo se opuso el deudor representado por dos distintos Procuradores, con poderes, en uno de los cuales se tituló comerciante y vecino de Valencia, y en otro del comercio y vecino de Santander, presentaron escrito bajo una representación D. Juan Vicente Pardo y D. Julián García en 30 de Octubre de 1886, en el que fundado en los antecedentes referidos y en otros documentos que presentaron, y alegando que de ellos resultaba justificado que D. Vicente Chapa y Olmos, que estuvo ejerciendo el comercio en aquella capital, hacía mucho tiempo que no atendía ni saldaba obligaciones vencidas, por lo que tenía pendientes varias ejecuciones, y que no disponía de bienes libres en que poderse hacer la traba para el cobro de las cantidades que en virtud de títulos ejecutivos y en la vía de apremio venía obligado á satisfacer á los comparecientes; é invocando el art. 876 del Código de Comercio, según el cual la

declaración de quiebra podrá hacerse á instancia de uno ó más acreedores, siempre que la solicitud se funde en el título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución ó apremio y del embargo no resulten bienes bastantes para el pago, pidieron se declarase en quiebra á D. Vicente Chapa y Olmos:

Resultando que por auto que en 5 de Noviembre de 1886 dictó el Juez de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia, á solicitud de D. Juan Vicente Pardo y Pérez y D. Joaquín Martínez Roger, fué declarado en quiebra D. Vicente Chapa y Olmos, dándose éste por notificado de la declaración de quiebra que había llegado á su conocimiento, solicitó en escrito de 16 de dicho mes que se dejase sin efecto el auto mencionado, reservándole la acción competente de daños y perjuicios contra quien correspondiera, fundado en que no era comerciante, no había hecho suspensión de pagos de sus obligaciones corrientes y tenía bienes libres suficientes para cubrir dos veces las responsabilidades que se le podían reclamar:

Resultando que el Juez, por auto del siguiente día 17, fundado en que D. Vicente Chapa negaba repetidamente la cualidad de comerciante, siendo ambiguo el sentido de la frase *del comercio* puesto que la usaban también los dependientes de él para significar su profesión; que no se habían traído pruebas de que se dedicase al comercio, y que no constaba tampoco el valor de los bienes que poseía ni el sobreseimiento general de sus obligaciones, dejó sin efecto el auto del día 5, no dando lugar á la declaración de quiebra solicitada:

Resultando que Pardo y Martínez Roger, sosteniendo que estaban justificados los indicados extremos y que se había infringido la ley porque el art. 1326 de la de Enjuiciamiento civil previene que si el quebrado hiciese oposición al acto de declaración de quiebra se forme pieza separada, y el 1327 que se confiera traslado al acreedor y se reciba á prueba, lo cual no se había cumplido, habiéndose faltado también al precepto de los artículos 515, 516 y 517, relativos á la presentación y entrega de copias, pidieron se repusiera el auto de 17, declarándolo nulo, por haberse acordado fuera de todo trámite, dejando válido y subsistente en todas sus partes el del día 5, condenándoles el Juez en las costas originadas, y reservándoles el derecho para pedir el pago de daños y perjuicios contra quien procediera:

Resultando que el Juez, por auto de 14 de Diciembre, denegó la reposición, con imposición de las costas del incidente y reserva del derecho para exigir la responsabilidad civil, admitiendo en ambos efectos la apelación, y que remitidas las actuaciones á la Audiencia de Valencia, la Sala de lo civil, por auto de 23 de Diciembre de 1889, revocó el apelado de 14 de Diciembre de 1886 y repuso el de 17 de Noviembre del propio año, dejándose en su fuerza y vigor el de 5 del mismo mes, sin perjuicio del derecho de D. Vicente Chapa y Olmos, declarado por el art. 1326 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que D. Vicente Chapa y Olmos ha interpuesto recurso de casación, fundándole:

1.º En la infracción de los artículos 1318 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 1.º del Código de Comercio, y el art. 1130 de la misma, que exigen como requisito para que proceda la declaración de quiebra que el deudor contra quien se pide tenga el carácter de comerciante, y D. Vicente Chapa y Olmos no era ni había sido más que dependiente de comercio, en cuyo sentido empleaba la frase *del comercio* en los documentos públicos y privados de que se hacía mérito en el auto de 5 de Noviembre:

2.º Que se ha infringido asimismo el art. 1.º del Código de Comercio, reformado por la ley de 30 de Julio de 1878, en relación con el 17 del mismo, también reformado por dicha ley, puesto que consideraba comerciante á D. Vicente Chapa y se le sujetaba en tal concepto al procedimiento de quiebra, no obstante no fundar el recurrente su estado civil en el comercio, no ocuparse habitual y ordinariamente en el tráfico mercantil, ni estar ni jamás haber estado inscrito en la matrícula de comerciantes, ni, por último, concurrir en él ninguna de las circunstancias que en el art. 17 reformado del Código se establecía, para que se pudiera suponer legalmente habitual el ejercicio del comercio:

3.º En la infracción del art. 1325 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su relación con el 1025 del Código de Comercio antiguo; y los artículos 874 y 876 del vigente, toda vez que los acreedores D. Juan Vicente Pardo y D. Joaquín Martínez Roger no habían justificado ni que el recurrente fuera comerciante ni que hubiera sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones, ni mucho menos que lo hubiera hecho de una manera general; y no obstante esta falta de justificación se había acordado la declaración en quiebra, sometiéndola á un procedimiento que le era evidentemente impropio:

4.º Que al aplicarse dicho procedimiento, y no el de concurso propio de los deudores comunes, se infringe la doctrina jurídica legal del fuero, según la que, á cada cual se le debe juzgar por las leyes peculiares de su clase, precepto y principio, que no sólo era aplicable á las leyes sustantivas, sino también, y muy especialmente, á las adjetivas y de procedimiento:

5.º Que asimismo ha habido infracción de doctrina en la apreciación restricta que se hacía en el auto del Juez, vigorizado por la Sala respecto á la palabra *bienes,* pues sólo había tomado la acción *raíces,* prescindiendo en absoluto de la de muebles y semovientes:

6.º Y que, finalmente, han sido infringidos la doctrina legal y el concepto jurídico derivados del principio general y fundamental de la ley Hipotecaria vigente, con especialidad de su título 5.º, y más especialmente aun de sus artículos 119 y 120, toda vez que el auto recurrido considera que no están libres ciertos bienes, porque sobre ellos pesaban hipotecas sin haber cuidado de investigar si tales gravámenes absorbían la totalidad del valor de dichos bienes, ó si, como en realidad sucedía, quedaba en ellos parte suficiente de aquél para cubrir las deudas que se reclamaban después de satisfechas las hipotecarias.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que la sentencia que resuelve una cuestión distinta de la planteada en el recurso, ni comete ni puede cometer las infracciones que al formularlo se le atribuyan bajo la hipótesis contraria, y por ello es manifiesta la improcedencia del recurso deducido por D. Vicente Chapa, encaminado á demostrar que no debió ser declarado en estado de quiebra, y fundado en la suposición de que el auto recurrido dió carácter definitivo á la declaración de quiebra hecha por el Juez inferior, siendo así que, por el contrario, se limitó á resolver sobre la nulidad del procedimiento seguido por el mismo Juez para reponer esa declaración, dejándola, en su consecuencia, en la fuerza y vigor que tenía al formularse oposición á ella por el presunto quebrado, mas sin perjuicio del derecho de éste á que nuevamente se sustanciara y resolviera la oposición, según previene el art. 1320 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Vicente Chapa y Olmos, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certi-

ficación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 23 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* del 7 de Abril del mismo año.)

91

RECURSO DE CASACIÓN (24 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Propiedad de un terreno.*— No ha lugar al interpuesto por Doña Nemesia Carrasquedo en pleito con D. Julián Laiseca y otros (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que la parte dispositiva de las sentencias es la única reclamable en casación:

Que no es de estimar infringida la regla de interpretación de que las cláusulas de los documentos deben entenderse del modo más natural, y la de que en caso de duda el juzgador debe preferir el entendimiento más acercado á la razón y á la verdad, cuando la interpretación dada por la Sala sentenciadora á la cláusula de la escritura de que se trata se ajusta al sentido gramatical y recto de las palabras empleadas por los otorgantes:

Que la sentencia absolutoria, limitada á las cuestiones que se han controvertido en el pleito, no infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, y los artículos 359 y 361 de la de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Valmaseda y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por Doña Nemesia Carrasquedo Sojo, propietaria, vecina de Cavides, término municipal del Valle de Mena, con Don Julián Laiseca Rámila, D. Martín Martínez Isla y D. Felipe Díaz de Tuesta, labradores de la misma vecindad, sobre propiedad ó, en otro caso, posesión de un terreno, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandante, y en su defensa y representación el Letrado D. Florencio Alvarez Osorio y el Procurador D. Manuel Martín Veña, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado Don Juan Lladó y el Procurador D. Pedro Ganna:

Resultando que por escritura pública otorgada en esta corte en 31 de Octubre de 1821, D. Julián de Sojo compró á D. Andrés de Molinillo varias fincas en precio de 5.374 reales, entre ellas una de dos celemines en el sitio de San Sebastián, frente de su ermita del lugar de Covides en el Valle de Mena, lindante por Cierzo, tierra de la encomienda de Vallejo, su terreno alto y camino público para Sobremedianas; Solano, Manuel del Arroyo; Abrego, Bernardo de la Arena; y Regañón, camino público y terrero; cuyas fincas pasaron todas á poder de Doña Nemesia Carrasquedo por virtud de legado que de ellas le hizo su tío el D. Julián de Sojo, en testamento que otorgó en 16 de Septiembre de 1833, revocando todos los anteriores y mandando se tuviera como su última voluntad el contenido de cierta memoria:

Resultando que con los documentos expresados acudió Doña Nemesia Carrasquedo en 13 de Marzo de 1886 al Juzgado de primera instancia de Valmaseda, exponiendo: que á la muerte de su tío D. Julián de Sojo entró en posesión de las fincas que éste le legó, que eran las compradas por el mismo á D. Andrés de Molinillo, entre las que figuraba la llamada San Sebastián, cuyos linderos habían variado; y que habiendo sido despojada de dicha posesión por D. Julián Laiseca, D. Martín Martínez Isla y D. Felipe Díaz Tuesta, quienes en los últimos días de Diciembre del año anterior habían derribado el terrero de la finca para extraer tierra, colocando la piedra que sacaron sobre la heredad indicada, deducía el interdicto de reco-

brar correspondiente para que, mediante la información que ofrecía sobre los extremos indicados, se la restituyera en su día en la posesión de que había sido despojada, condenando á los tres despojantes á reponer las cosas al ser y estado que tenían antes del despojo, á la indemnización de los perjuicios originados y al pago de todas las costas:

Resultando que practicada la información testifical ofrecida por la demandante, se celebró el juicio verbal establecido en la ley, en cuyo acto alegó la representación de los demandados que no eran exactos ni el hecho de la posesión ni el del despojo: el primero, porque del terrero en cuestión venía aprovechándose Cipriano Gil, inquilino de D. José Ondovilla, y el segundo, porque Ezequiel Brizuela, inquilino de la demandante, en la heredad de San Sebastián, había consentido el depósito en dicha heredad de las piedras arrancadas del terrero por los demandados; y suministradas por por las dos partes diferentes pruebas en las dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos sentencia confirmatoria de la del Juzgado en 15 de Noviembre de 1886, desestimando con las costas el interdicto de recobrar propuesto por Doña Nemesia Carrasquedo, en atención á que de los autos aparecía probado que la Doña Nemesia Carrasquedo no estaba en posesión por sí ni por medio de sus inquilinos del terrero de donde los demandados habían extraído la piedra; á que si bien había sido depositada en la heredad de San Sebastián, que poseía Doña Nemesia, sin que de ello tuviese previo conocimiento ni ella ni su inquilino Brizuela, posteriormente había otorgado éste un documento privado, declarando que no había hecho oposición al depósito de la piedra, en el que consentía mientras no se le causase algún perjuicio; y á que el hecho de haber depositado los demandados la piedra en la heredad de Doña Nemesia no era constitutivo de despojo, porque para que esto existiera hubiera sido preciso que aquéllos se hubieran propuesto, al efectuar la operación indicada, apropiarse la propiedad ó posesión de la finca en que echaban la piedra, y de los autos aparecía justificado que no tuvieron tal propósito:

Resultando que en 4 de Mayo de 1888 entabló Doña Nemesia Carrasquedo la demanda civil ordinaria que motivó el pleito actual, solicitando se declarase: primero, que le pertenecía la propiedad y posesión, ó por lo menos esta última, en la heredad y terrero susodichos; segundo, que se anulara ó dejara sin efecto la sentencia dictada en el interdicto de recobrar referido; y tercero, que se condenara á D. Martín Martínez Isla, Don Julián Laiseca y Rámila y D. Felipe Díaz de Tuesta á dejar libre y á su disposición la heredad y terrero mencionados, absteniéndose en lo sucesivo de acto alguno de despojo ó perturbación, y á reintegrarle las costas que tenía satisfechas en dicho interdicto, devolviéndole la piedra arrancada del terrero é indemnizándole daños y perjuicios, á cuyo efecto alegó como hechos los antecedentes que se dejan referidos, añadiendo: que los límites de la finca San Sebastián, en la actualidad eran: por el Norte, tierra de la encomienda de Vallejo, que la trabaja Mateo Cerenola, tierra de D. José Ondevilla y carretera pública en medio; por Oeste, su terrero alto; por Sur, tierra de los herederos de Doña Josefa del Barrio y parte de su terrero alto, y por Este, tierra de D. Patricio Rámila y una heredad sin cultivo ni amo conocido; que el terrero alto, perteneciente á dicha heredad de San Sebastián y citado en la escritura de 31 de Octubre de 1821, al indicar los límites de la misma, confinaba al Norte con la referida heredad y carretera pública en medio; por Oeste, con la continuación del mismo terrero alto y tierra de D. José Ondevilla; por el Sur, con continuación del mismo terrero, y por Este, con finca de la demandante; y que aceptado por la demandante el legado que le hizo su tío D. Julián de Sojo de todos los bienes comprendidos en la escritura de 1821, entró desde dicho momento en posesión de ellos, y en ella había continuado hasta que los demanda-

dos ejecutaron los actos que habían dado lugar al interdicto; y como fundamentos de derecho invocó, entre otros: que uno de los títulos que, acompañado de la tradición y toma de posesión, transmite la propiedad de las cosas, es la compraventa; que también es título y modo de adquirir el dominio y demás derechos reales el legado específico con su correspondiente aceptación; y que como el hecho de arrancar piedra del terrero implicaba una infracción de la obligación que todos tienen de respetar el dominio y posesión de los demás, los autores de ese hecho se hallaban obligados á indemnizar á la demandante los daños y perjuicios que le habían causado:

Resultando que los tres demandados comparecieron en autos y contestaron la demanda pidiendo que se les absolviera de ella con imposición á la demandante de todas las costas, alegando en su apoyo: que el tiempo transcurrido desde 1821 en que se otorgó la escritura de compra por Sojo no había variado la situación de la heredad, aunque los nombres de los dueños de las fincas colindantes fueran diferentes; y así la heredad del Solano de D. Manuel del Arroyo correspondía hoy á herederos de D. Patricio Rámila que había adquirido también una pequeña parte de la misma de San Sebastián y la del abrego á herederos de Doña Josefa del Barrio, por lo cual la descripción actual de la finca podía hacerse diciendo que limitaba por cierzo con tierra de la encomienda de Vallejo, su terrero alto y camino público para Sobremedianas; Solano, con viña de herederas de D. Patricio Rámila; Abrego, herederas de Doña Josefa del Barrio, y Regañón, camino público y terrero, pero no en modo alguno como se describía en la demanda; que en ninguno de los documentos en que ésta se apoyaba se hacía expresión de que el terrero alto del Cierzo formara parte integrante de la heredad de San Sebastián, sino que se le mencionaba tan sólo para expresar que con él limitaba dicha heredad; que nunca había poseído ni en la actualidad poseía la demandante el terrero alto del Cierzo ni el del Regañón, siendo este último separado por mojones colocados en una misma dirección de la heredad de San Sebastián, el límite ó barrera que separaba esta heredad de la del propio nombre de Doña Carolina Villa, mujer de D. José Ondevilla; que lo realmente cierto era que los demandados y otras personas extrajeron piedra del terrero de Regañón y no del terrero alto del Cierzo, del cual les separaba el ancho de la heredad de San Sebastián, y con permiso ó consentimiento del inquilino de ésta depositaron en la misma la piedra extraída; y que vistos los deseos de la demandante de que la piedra no estuviera depositada en su heredad, una vez declarado por sentencia firme la no existencia del despojo, acudieron los demandados al Juzgado municipal para que interpusiera su autoridad con el fin de retirar la piedra de la finca de San Sebastián, y así se realizó:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron ambas partes en sus respectivas pretensiones, sosteniendo la demandante que el terrero que en la escritura se citaba como lindero por Regañón, ó sea Noroeste, era continuación de que aparecía en la misma por Cierzo ó Norte, y afirmando los demandados que eran dos terreros distintos separados entre sí por toda la finca de San Sebastian; y recibido el pleito á prueba se suministraron por las dos partes litigantes diferentes justificaciones:

Resultando que el Juez de primera instancia de Valmaseda dictó sentencia que fué confirmada con las costas por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos en 1.º de Julio de 1890, absolviendo á D. Martín Martínez Isla, D. Julián Laiseca y Rámila y D. Felipe Díez de Tuesta de la demanda contra ellos propuesta por Doña Nemesia Carrasquedo y Sojo, con imposición también á ésta de las costas de la primera instancia:

Resultando que, con el depósito de 1.000 pesetas para los efectos lega-

les correspondientes, interpuso Doña Nemesia Carrasquedo y Sojo recurso de casación, fundado en los casos 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando los motivos siguientes:

1.º Que al apreciar la Sala sentenciadora, en vista del contexto de la escritura pública de 31 de Octubre de 1821, reconocida y aceptada por ambas partes litigantes, en la que se deslinda la finca de San Sebastian, diciendo: «por Cierzo, tierra de la encomienda de Vallejo, su terrero alto y camino público para Sobremedianas; Solano, Manuel del Arroyo; Abrego, Bernardo de la Arena, y Regañon, camino público y térrero»; que aquél terrero alto, objeto principal de la contienda, no pertenece á la finca de San Sebastián que describe dicha escritura, sino á la encomienda de Vallejo, merced á lo cual se dicta el pronunciamiento absolutorio que la sentencia recurrida contiene, incurre en error de hecho resultante de documento auténtico como es aquella misma escritura porque en rigor gramatical, del que no es dable prescindir, el posesivo *su* que precede á la frase *terrero alto* no tiene más que una inteligencia que es la de referirse al supuesto principal de la oración ó período en que se emplea, que es la finca de San Sebastián, pues en otro caso, ó sea en el de que el terrero perteneciese á la encomienda de Vallejo, se hubiese usado el pronombre demostrativo correspondiente; por lo que, aceptada esta premisa, había que entender la cláusula de la escritura de 31 de Octubre de 1821, referente á los linderos de la finca de San Sebastián, como si dijese es por Cierzo su terrero alto, tierra de la encomienda de Vallejo y camino público de Sobremedianas, que son los tres puntos lineales y perfectamente distintos con que confinaba por aquel aire, que era lo que se quería expresar, y expresó en efecto, pues si hubiera querido decirse lo que la sentencia afirmaba, ó sea que el terrero alto pertenece á la encomienda de Vallejo, cosa que ni los mismos demandados han asegurado, diría confina la finca de San Sebastián por Cierzo, terrero alto de la encomienda de Vallejo, en razón á que linda con ésta, y además, y después separadamente con el supuesto terrero de la misma, lo cual resultaría sobremanera extraño y es, sin embargo, lo que la sentencia admite por apreciar con manifiesto error de hecho la prueba resultante de la mencionada escritura:

2.º En el caso de estimar que la cláusula de la escritura de 31 de Octubre de 1821 á que el anterior motivo se refiere, es dudosa, amfibológica ú oscura, y que se presta, en suma, á dos inteligencias, la que de ella hace el fallo recurrido y la que la recurrente sostiene, la infracción de la regla de interpretación de que las cláusulas de los documentos deben entenderse del modo mál natural, y la de que, en caso de duda, el juzgador debe preferir el entendimiento más acercado á la razón y á la verdad, toda vez que por los mismos motivos ya indicados, lo más natural y gramatical y lo más en armonía con lo razonable y verdadero era resolver la oscuridad y anfibología, si existen, en la mencionada cláusula, en el sentido de estimar que el terrero alto, lindante al Cierzo con la finca de San Sebastián, es de ésta y no de la encomienda de Vallejo:

3.º Que como consecuencia de las dos anteriores infracciones existe también la de la doctrina legal de que uno de los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales es el legado específico una vez aceptado que se transfiere aun sin necesidad de la entrega desde que muere el testador al legatario, quien para pedirlo tiene una acción reivindicatoria, por cuanto de legado específico de cosa designada con particular designación y señales características hay que calificar el que D. Julián Sojo hizo á la recurrente en la memoria á que alude su testamento de 16 de Seqtiembre de 1836, obrante en autos del terrero alto constitutivo de uno de los linderos de la heredad de San Sebastián por el Norte ó Cierzo, y no según se ha dicho antes, de la encomienda de Vallejo; y habiendo adquirido la recu-

rrente mediante tal legado el dominio del mismo terrero, no puede privársele de él, como la sentencia recurrida la priva, infringiendo de esta suerte, y mediante el error evidente de hecho en la apreciación de la prueba, ó, si éste no existiese, de la equivocada interpretación que de la escritura de 31 de Octubre de 1821 ha hecho, la doctrina legal invocada:

4.º La infracción de la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.ª de los artículos 359 y 361 de la ley de Enjuiciamiento civil y de la jurisprudencia que los consagra, que disponen que las sentencias sean congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente en los pleitos, haciendo las declaraciones que éstas exijan, y decidiendo todos los puntos que hayan sido objeto del debate, en el concepto de que, habiéndose pedido expresamente en la demanda y en primer término la declaración de que á la recurrente pertenece la propiedad y posesión, ó por lo menos esta última en la heredad y terrero descritos en el hecho primero de la misma demanda, y además que se condenase á los demandados á dejar libremente y á disposición de la misma los mencionados terrero y heredad, absteniéndose en lo sucesivo de todo acto de despojo ó perturbación, peticiones concordantes con las deducidas en el interdicto de recobrar que precedió al pleito actual y que se explican por el acto perturbador de haber los recurridos depositado la piedra que arrancaron del terrero en la finca ó heredad de San Sebastián, obsérvase, no obstante, que el fallo recurrido es en extremo deficiente en este punto, pues nada provee acerca de la pretensión activa de la recurrente sobre que se declarase pertenecerla la propiedad y posesión, no sólo del terrero, sino también del fondo ó parte principal de la heredad de San Sebastián, ni sobre que se deje ésta libre y á disposición de su dueño, limitándose á absolver de la demanda á los demandados; lo cual resulta tanto más grave cuanto que, aparte de la incongruencia que entraña, pugna con la conformidad de los mismos demandados que reconocen paladinamente en sus escritos y declaraciones aquella propiedad y posesión de la recurrente en la hacienda de San Sebastián, ya que no en su terrero alto;

Y 5.º Porque en el caso de que se entienda que no existe la incongruencia alegada en el motivo anterior, por la razón violentísima de que la fórmula genérica de absolución de la demanda es comprensiva de todos los puntos y solicitudes deducidas en la misma, lo cual tanto quería decir como que se había denegado hasta la pretensión de que se declarase que la hacienda de San Sebastián, independientemente del terrero alto, pertenecía á la recurrente, se habría cometido error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos y actos auténticos demostrativos de equivocación evidente en la Sala sentenciadora, porque no sólo la escritura de compra de 31 de Octubre de 1821 y la memoria á que se refiere el testamento de D. Julián Sojo de 16 de Septiembre de 1836, documentos de aquella clase acusan que á la recurrente corresponde el dominio de dicha heredad de San Sebastián, sino que también los demandados han reconocido éste muchas veces durante el pleito, acto no menos auténtico contra el que tampoco se puede ir sin cometer en la apreciación probatoria el error evidente alegado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que no son de estimar los motivos 1.º y 3.º, porque la sentencia recurrida no declara en su parte dispositiva, única reclamable en casación que el *terrero alto* á que se alude pertenezca á la llamada encomienda de Vallejo, ni niega á Doña Nemesia Carrasquedo el dominio de las fincas que le legó su tío D. Julián de Sojo y que éste adquirió por título legítimo de compra en 31 de Octubre de 1821; y porque su fundamento capital y decisivo para acordar, como acuerda, la absolución de los demandados, es el de que, aparte de dicho *terrero alto*, que está sito al

Cierzo ó Norte de la heredad de San Sebastián, hay *otro terrero* del lado del Regañón ó Noroeste, que fué de donde se extrajo la piedra que motivó el interdicto de recobrar; y que en este segundo terrero, según consta por prueba testifical y por confesión de la prueba demandante, no ha realizado ésta por sí ni por sus colonos acto alguno de posesión:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la regla de derecho invocada en el motivo 2.º; porque aun en la hipótesis de que el expresado *terrero alto* fuese aquel en que se supuso cometido el despojo, la interpretación dada por la Sala sentenciadora á la cláusula de la escritura de que se trata, en la que se describe y deslinda la heredad de San Sebastián, se ajusta al sentido gramatical y recto de las palabras empleadas por los otorgantes, en cuanto dicha Sala estima que diciéndose que la finca confina por Cierzo con tierras de la encomienda de Vallejo, *su terrero alto* y camino público para Sobremedianas, el pronombre posesivo *su*, que rige al llamado *terrero,* no debe referirse á la ya indicada heredad de San Sebastián, que era la que se estaba describiendo, porque no era lógico ni racional el que se consignase que la referida heredad lindaba con una porción ó parte de ella misma:

Considerando que deben también desestimarse los motivos 4.º y 5.º, porque la propiedad de la finca, de cabida de dos celemines, en el sitio de San Sebastián del lugar de Cavides y Valle de Mena, no ha sido disputada á la recurrente, ni la sentencia se refiere á dicha finca al absolver á los demandados, pues esa absolución se entiende y debe entenderse limitada á las cuestiones que se han controvertido en el pleito, ó sean las referentes al dominio y posesión del terrero de donde se extrajo la piedra, á la nulidad del fallo dictado en el interdicto de recobrar, al pago de las costas del mismo y á la indemnización de daños y perjuicios;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infraccción de ley, interpuesto por Doña Nemesia Carrasquedo y Sojo, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituído, y que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 24 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Mayo del mismo año.)

92

RECURSO DE CASACIÓN (24 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Rescisión de arrendamiento.*—Ha lugar al interpuesto por D. Francisco Mayone en pleito con D. Diego Gómez (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

Que al tenor de lo dispuesto en el art. 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil, para hipotecar ó gravar bienes inmuebles ó para la extinción de derechos reales que pertenezcan á un menor, se han de observar las mismas formalidades establecidas para la venta de bienes de menores, la primera de las cuales es, según el art. 2011 de la propia ley, la previa licencia judicial:

Que arrendados por veinte años inmuebles pertenecientes á un incapacitado é inscrito el contrato en el Registro de la propiedad correspondiente, quedaron aquéllos gravados por el hecho de la inscripción por toda la duración del contrato, y celebrado éste sin la debida licencia judicial por el curador ejemplar, la sentencia que no da lugar á la nulidad de aquél infringe los artículos mencionados.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Marzo de 1891, en el pleito se-

guido en el Juzgado de primera instancia de Jerez de los Caballeros y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres por D. Francisco Mayone y del Mazo, Conde de Cumbre Hermosa, Abogado, vecino de esta corte, con D. Diego Gómez García, comerciante, vecino de Jerez de los Caballeros, sobre nulidad, ó en otro caso rescisión de un contrato de arrendamiento de corcho de las dehesas del Rey y la Bóveda, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación por el Letrado D. Antonio Maura y el Procurador D. Luis Lumbreras, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Nicolás Salmerón y el Procurador D. Celestino Armiñán:

Resultando que por el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa de esta corte le fué discernido á Doña María del Consuelo Molina y Sánchez, en 24 de Mayo de 1887, el cargo de curadora ejemplar de su marido D. Joaquín Mayone, Conde de Cumbre Hermosa, con la calidad de frutos por alimentos y bajo fianza hipotecaria, dándola poder y facultad cumplida para cuidar de la persona del incapacitado para que entrara en la administración de los bienes de la sociedad conyugal y en los propios y privativos de su marido, ejerciendo todos los actos peculiares de gobierno, dirección y conservación reservados al cabeza de familia; atendiendo al cultivo, reparos, mejoras y aumentos que las fincas necesitaran; satisfaciendo las cargas é impuestos sobre las mismas; admitiendo ó despidiendo administradores, guardas y criados de toda clase, así como á colonos arrendatarios é inquilinos en los tiempos, formas y condiciones que estimara en su beneficio, y practicándose, en fin, todos los actos propios de la dirección y administración general y absoluta de bienes que se le confiaba, aun cuando no se hiciera mérito especial de ellos, diciéndose en la enumeración que á continuación se hace de tales actos de administración que se la facultaba también para formalizar contratos y escrituras, ya públicas, ya privadas que no salieran de los límites de la administración:

Resultando que en tal concepto de curadora ejemplar de su marido, y haciendo constar dicha cualidad con testimonio del indicado discernimiento, celebró Doña María del Consuelo Molina y Sánchez, en esta corte, en 20 de Septiembre del mismo año 1887, una escritura pública, que fué inscrita en el Registro de la propiedad de Jerez de los Caballeros, por la que dió en arrendamiento á D. Diego Gómez y García las dehesas denominadas del Rey y de la Bóveda para la saca y aprovechamiento del corcho que produjera el arbolado de las mismas por término de veinte años, que empezarían á contarse el día 29 de Septiembre de 1889, y por precio de 4.000 pesetas anuales, á cuenta del que entregó el arrendatario en aquel acto á Doña María del Consuelo 5.000 pesetas, estipulándose varias condiciones, entre ellas, la de que las contribuciones, tanto ordinarias como extraordinarias de las dos dehesas durante los veinte años de arrendamiento serían de cargo del arrendatario y la de fijar esta corte como domicilio para todos los actos y diligencias á que el contrato pudiera dar lugar; y por otra escritura, otorgada también en esta corte en 22 de Noviembre del mismo año, que fué igualmente inscrita en el Registro correspondiente, hicieron constar los susodichos otorgantes que habiendo padecido equivocaciones involuntarias en algunas de las condiciones de la anterior escritura, y dejado de expresar en otra los fundamentos y razones de conveniencia que habían tenido presente, habían convenido en subsanar aquéllas, ratificando en lo demás la citada escritura, y á tal efecto otorgaban la presente, declarando: que el pago de las contribuciones sería de cuenta de Doña María del Consuelo y no de D. Diego Gómez, como por equivocación involuntaria se había expresado; que para fijar en veinte años la duración del arrendamiento, se había tenido presente que para comprometerse el arrendatario á limpiar los árboles del corcho coronizo, y de este modo

ponerlos en estado de dar otro día mayores rendimientos y producir mayores rentas para el propietario, le era indispensable se le hiciera el arriendo por tiempo bastante á obtener dos sacas de corcho útil para la fábrica, con tanta más razón, cuanto que la subida que había hecho de una tercera parte más de renta anual que en la actualidad producían las fincas descansaba en que las limpias que se proponía verificar á sus expensas, sin obtener utilidad alguna por el momento, habrían de aumentar el corcho de la fábrica para la segunda y última saca, por cuyas razones, y la de que el pago de los plazos había de ser anticipado, había parecido prudente y juiciosa la condición del término de veinte años; y que señalaban los otorgantes como domicilio la ciudad de Jerez de los Caballeros, á cuyo Juzgado de primera instancia se sometían expresamente, en cuyo particular se había padecido también un error involuntario en la citada escritura:

Resultando que el Conde de Cumbre Hermosa falleció en 4 de Enero de 1888, dejando un hijo llamado D. Francisco Mayone del Mazo, á quien, en la escritura de partición de bienes formalizada en 22 de Diciembre del mismo año, le fueron adjudicadas en concepto de heredero las dos dehesas susodichas del Rey y de la Bóveda, y en 18 de Junio de 1889, dedujo dicho heredero actual, Conde de Cumbre Hermosa, la demanda de este pleito en el Juzgado de primera instancia de Jerez de los Caballeros, solicitando en primer término que se declarara nulo y sin efecto el contrato de arrendamiento por veinte años, otorgado por su madastra Doña María del Consuelo Molina, como curadora ejemplar de su difunto marido, en las escrituras susodichas de 20 de Septiembre y 22 de Noviembre de 1887, mandando, en su consecuencia, cancelar la inscripción hecha de dichas escrituras en el Registro de la propiedad de aquel partido; y que en el caso de no conceptuarse procedente dicha nulidad, se declarara rescindido el contrato, en virtud de la acción extraordinaria de restitución que también ejercitaba, alegando, en apoyo de la petición de nulidad, que al heredar el demandante las dos dehesas en cuestión se encontró con que se las entregaban con el gravamen de arrendamiento de veinte años, sumamente perjudicial para las fincas, no sólo por carecer de las condiciones convenientes para la buena explotación de la corcha, sino por su inusitada duración, que ni convenía ni era necesaria, pues los contratos de arriendo de corcho hechos anteriormente con el arrendatario D. Federicó Plá se habían limitado á ocho ó nueve años; que puesto que se trataba de un contrato celebrado por un curador ejemplar había que examinar, para resolver sobre su validez ó nulidad, si el acto caía dentro de la esfera de sus atribuciones y si se había realizado con las formas y solemnidades que el derecho prescribe, á cuyo fin había que tener presente lo dispuesto en las leyes 15 y 18, tít. 16 de la Partida 6.ª, que establecen que los guardadores son meros administradores, puesto que les prohibe dar, vender ó enajenar cosa alguna sujeta á la guarda, salvo casos excepcionales, aunque nunca en ellos pueda obrar el guardador sin decreto judicial; que no hay duda de que, en tesis general, arrrendar una finca no es acto extraño á la facultad de administrar, en tanto que el arrendamiento se limita á crear un derecho personal, pero que cuando el arrendamiento traspasa esos límites y da origen á un derecho real, ó sea á una limitación de dominio, el administrador no puede realizarlo por sí, sino que necesita autorización del propietario ó la especial del Juez cuando aquél no puede darla por causa de edad ó incapacidad, siendo la opinión general, que en derecho deben reputarse válidos los contratos de arrendamiento hechos por los guardadores, siempre que concurran en ellos buena fe, se amolden á las costumbres de la tierra y sean por tiempo módico; que los arrendamientos á largo plazo, constituyan ó no derechos reales, son un gravamen de la propiedad, por lo que el

Código civil vigente se los prohibe á los guardadores, sin poder especial, en el art. 1548; pero que sin necesidad de acudir á esta disposición, bastaba tener en cuenta la semejanza que existe entre las funciones de los guardadores de huérfanos é incapacitados en orden á los bienes con las que desempeñan los administradores judiciales para convencerse de que eran aplicables á aquéllos las disposiciones escritas por los segundos respecto á la forma y condiciones en que han de administrar los bienes que les están confiados; por lo que, atendido lo dispuesto en los articulos 1021, 1022, 1097, 1124 y 1229 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyos preceptos debían servir de norma para apreciar la extensión de las facultades administrativas de los guardadores en defecto de ley especial á ellos referente, era obvio que no están autorizados para arrendar por sí por veinte años, como lo había hecho Doña María del Consuelo Molina del aprovechamiento de fincas de su administración, extralimitando las facultades que verdaderamente le competían; y que siendo evidente que sobre las dehesas del Conde de Cumbre Hermosa se constituyó por su curadora ejemplar, por medio de las escrituras de cuya nulidad se trataba, un derecho real que se inscribió en el Registro, dejando limitado por término de veinte años la plenitud de su dominio, resultaba incontestable por esta sola consideración la nulidad de las escrituras de 1887, por haber sido hechas sin autorización judicial, toda vez que el art. 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente ahora, lo mismo que cuando el arrendamiento se otorgó, dispone que para hipotecar ó gravar bienes muebles que pertenezcan á menores ó incapacitados, han de observarse las mismas formalidades que para la venta, excepto la subasta, y era, además, de notar, para que no cupiera duda alguna respecto de que Doña María del Consuelo Molina carecía de toda autorización judicial para gravar las fincas de su marido incapacitado, que por el auto de discernimiento de su cargo de curadora de 24 de Mayo de 1887, quedó facultada para formalizar contratos y escrituras que no saliesen de los límites de la administración que se le confiaba, debiendo cumplir su cargo con arreglo á las leyes:

Resultando que D. Diego García impugnó la demanda pidiendo se le absolviera de ella, con imposición al demandante de perpetuo silencio y pago de costas, y que se le condenase además á indemnizarle los perjuicios que le ocasionara con impedirle el libre uso y disfrute del producto de las fincas legitimamente adquirido; y en su apoyo alegó, en cuanto es pertinente: que en el arrendamiento en cuestión se trataba de un aprovechamiento determinado que exigía el transcurso de muchos años para su percepción y realización, por lo que el contrato tenía que ser á largo plazo, y no obstante esto, se había extendido solamente á dos frutos que no estaban en disposición de percibirse y explotarse en menos de dieciocho á veinte años, durante los cuales, el arrendatario tenía que hacer grandes desembolsos sin reintegro inmediato, ni aun seguro; que tal arrendamiento aunque de larga duración, equivalía al de los demás aprovechamientos de las dehesas por dos años, y lejos de ser inusitados en el país los arrendamientos de doce, quince ó veinte años para el aprovechamiento de corcho, era público y notorio que se habían otorgado muchos por veinte, veinticinco y treinta años; que por haber excedido de seis años el arrendamiento de que se trata había sido preciso inscribirlo en el Registro de la propiedad en exacto cumplimiento de lo prevenido en la legislación hipotecaria vigente y para los efectos de la misma, pero que no por esto había perdido su carácter propio, ni menos adquirido el de derecho ó gravamen real, y aun menos el de enajenación ó desmembración especial de la propiedad, por lo que carecía de completa aplicación al caso la ley 18, tít. 16, Partida 6.ª invocada en la demanda, pues era doctrina inconcusa en jurisprudencia, conforme con la razón y el buen sentido, que donde no existe

la razón de las leyes ni ninguno de los casos para que fueron dadas, no pueden aplicarse sus disposiciones; que como, según las leyes vigentes y la jurisprudencia de los Tribunales, no son iguales los cargos de tutor y curador y los de administradores judiciales, estando relevados los primeros de la intervención judicial y subasta que la ley de Enjuiciamiento civil exige á los segundos para ciertos y determinados arrendamientos, resultaba que el formalizado por Doña María del Consuelo Molina, sin los expresados requisitos, había inscrito en el Registro de la propiedad sin obstáculo alguno, lo cual no habría acontecido si hubiera necesitado para su validez de la intervención judicial y subasta que echaba de menos el demandante; que es incontrovertible en jurisprudencia, conforme á las leyes de la Partida 6.ª, que la curatela es una autoridad que se concede á determinada persona para que cuide como un buen padre de familia de la administración y gobierno de los bienes y negocios de un menor ó incapacitado, y por lo mismo era aun más indispensable que á esa autoridad iba aneja irremisiblemente la de poder arrendar los bienes que administrase y hasta vender los muebles y semovientes, y aun raíces cuya enajenación no le estuviese prohibida por las leyes, en cuya atención era perfectamente válido el arrendamiento hecho por la curadora ejemplar del difunto Conde de Cumbre Hermosa; y que el discernimiento del cargo de curador reviste las condiciones de poder, y es tanta su fuerza y eficacia que siempre que á él se atempere aquél, sus actos surten todos los efectos legales, sin responsabilidad por su parte, sino tan sólo del Juez cuando las facultades conferidas por esta autoridad fuesen excesivas, doctrina que se hallaba consignada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1867:

Resultando que habiendo renunciado el demandante el trámite de réplica, se recibió el pleito á prueba, y por ambas partes se suministró y practicó la de testigos con el fin de demostrar principalmente la costumbre de la localidad en cuanto á la duración de los contratos de arrendamiento de las dehesas para el aprovechamiento de la corcha:

Resultando que en 17 de Junio del año próximo pasado dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres sentencia revocatoria, declarando no haber lugar á la nulidad ni á la rescisión del contrato de arrendamiento de corcho de las dehesas del Rey y Bóveda, otorgado por Doña María Consuelo Molina y Sánchez, en el concepto de curadora ejemplar de su marido D. Joaquín Mayone y Mayone, á favor de D. Diego Gómez García, absolviendo á éste de la demanda contra él interpuesta por D. Francisco Mayone y del Mazo, Conde de Cumbre Hermosa, y declarando también no haber lugar á la condena de perjuicios pedida por el demandado, sin hacer expresa condenación de costas en ninguna de ambas instancias:

Resultando que D. Francisco Mayone del Mazo, Conde de Cumbre Hermosa, interpuso recurso de casación por infracción de ley, citando en su apoyo como infringidos:

1.º En cuanto la sentencia recurrida desestima la demanda, declarando no haber lugar á la nulidad del contrato de arrendamiento del corcho de las dehesas del Rey y de la Bóveda, los artículos 2011 y 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil que, en armonía con el 1868, exigen la licencia judicial para gravar inmuebles de incapacitados; las leyes 18, tít. 16, Partida 6.ª; 10, tít. 33, Partida 7.ª, y 8.ª, tít. 13, Partida 5.ª, que establecen la misma limitación á la autoridad del guardador; la doctrina legal conforme con los citados preceptos que autorizan el art. 1.º de la Real orden de 28 de Agosto de 1876, y las sentencias de 19 de Octubre de 1865, 3 de Abril de 1868 y 16 de Noviembre de 1871, entre otras; los artículos 2.º, en su núm. 5.º, 3.º y 24 de la ley Hipotecaria, que definen la calidad de verdadero gravamen real impuesto sobre las dehesas por el contrato cuya nu-

lidad se litiga; y los artículos 33 y 79, núm. 3.º, de la misma ley, según los cuales procede cancelar la inscripción del arrendamiento como consecuencia de la nulidad del mismo:

Y 2.º Bajo el mismo concepto, la doctrina legal de que los arrendamientos por largo tiempo y todos aquellos que están sujetos á inscripción, sólo pueden ser válidamente otorgados por quien tenga la capacidad ó autorización legal necesaria para enajenar y no por los que sólo están facultados para administrar los bienes, doctrina formulada como precepto en el art. 1548, y en el núm. 5.º del 269 del Código civil, y autorizada ya antes, no sólo en el art. 237, en relación con el 1289 del proyecto de Código de 1851 sino en la ley 2.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª, y en los artículos 1868, 1021, 1022, 1097, 1124 y 1229 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues no puede desconocerse la analogía entre la administración judicial y la del curador ejemplar á quien el Juez confía la custodia de la persona y bienes del incapacitado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que, al tenor de lo dispuesto en el art. 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil, para hipotecar ó gravar bienes inmuebles ó para la extinción de derechos reales que pertenezcan á un menor, se han de observar las mismas formalidades establecidas para la venta de bienes de menores, la primera de las cuales es, según el art. 2011 de la propia ley, la previa licencia judicial:

Considerando que arrendadas las dehesas que pertenecían al incapacitado Conde de Cumbre Hermosa por término de veinte años, é inscrito el contrato en el Registro de la propiedad correspondiente, quedaron aquellos bienes gravados por el hecho de la inscripción por toda la duración del contrato, el cual fué celebrado por la curadora ejemplar sin la debida licencia judicial, y por tanto en contra de lo dispuesto en los artículos antes citados de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que la sentencia recurrida, al no dar lugar á la nulidad del mencionado contrato, infringe los artículos antes citados invocados por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Francisco Mayone del Mazo, Conde de Cumbre Hermosa, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 17 de Junio del año próximo pasado dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres.—(Sentencia publicada el 24 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Mayo del mismo año.)

93

Recurso de casación (24 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Cumplimiento de contrato é indemnización de daños y perjuicios.* — No ha lugar al interpuesto por D. Emilio Reus y otros en pleito con D. José María Pantoja (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que solicitándose en la demanda el cumplimiento de un contrato cuya existencia niega el demandado, corresponde al actor, con arreglo á la ley 1.ª, título 14, Partida 3.ª, acreditar que hubo contrato, su objeto, condiciones, alcance de éstas, término de la duración y demás conducentes á la efectividad de lo pactado, sin olvidar la naturaleza del mismo, pues de otro modo no puede prosperar la demanda:

Que no es de estimar la infracción de las leyes 17, tít. 34, y 114, tít. 18, Partida 3.ª; las de propiedad intelectual de 10 de Junio de 1847 y 10 de Enero de 1879; Reales órdenes de 1.º de Julio de 1847, 31 de Enero de 1853 y 1.º de

Marzo de 1856, y los artículos 578 y 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, citadas con relación á los derechos derivados de un contrato sobre propiedad literaria y á la prueba, si después de un minucioso examen de la documental y de la testifical, declara la Sala sentenciadora que no se ha probado la celebración del contrato:

Que las palabras consignadas en el escrito de contestación en el sentido del allanamiento á la indemnización de daños reclamada en la demanda, no pueden apreciarse como una simple y llana confesión por parte del demandado, si éste en la súplica del escrito, que es la que determina la inteligencia y alcance de lo razonado, solicitó la absolución de la demanda y con ello evidenció su no conformidad:

Que cuando sin ésta no hay fundamento para la condena, la sentencia absolutoria de la demanda no infringe las leyes 43, tít. 2.º; 2.ª, tít. 13, Partida 3.ª, y 17, tít. 34, Partida 7.ª.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Marzo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, procedente del Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de esta capital y de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, seguido por Doña Concepción Reus y Bahamonde y D. Julián Martínez Sotos, como marido de Doña Josefina Reus y Bahamonde, todos de esta vecindad, empleado el D. Julián, y D. Emilio Reus y Bahamonde, Abogado, propietario, banquero, vecino de Montevideo, representados por el Procurador D. Francisco Sánchez Morayta y defendidos por el Licenciado D. Federico Arrazola, recurrentes, con D. José María Pantoja y Agudo, de esta vecindad, Abogado y Secretario de Sala de este Tribunal Supremo, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, siendo su Letrado defensor D. Antonio Maura, recurrido, sobre cumplimiento de un contrato é indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que en demanda fecha 10 de Diciembre de 1886 que correspondió al Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de esta capital, Doña Concepción Reus y Bahamonde, D. Julián Martínez Sotos, como marido de Doña Josefina Reus y Bahamonde, Doña Rafaela Morayta y Sagrario, por sí y como madre de Doña Leonor Canalejas y Morayta, y Don Enrique García Alonso, como marido de Doña Blanca Canalejas y Morayta, ésta y las Doña Rafaela y Doña Leonor en concepto de cesionarias de Don Emilio Reus y Bahamonde, á quien, pendientes los autos, hicieron retrocesión ó enajenación de los derechos cedidos, continuándose, en su consecuencia, los mismos por el repetido D. Emilio, la Doña Concepción y la Doña Josefina, representada ésta por su esposo el D. Julián, pretendieron, ejercitando la correspondiente acción civil, con reserva de cualquiera otra, que se condenase á D. José María Pantoja y Agudo á cumplir estrictamente el contrato celebrado con D. José Reus y García para la publicación de la obra titulada *Repertorios de la Jurisprudencia civil* y *Apéndices de la misma*, á indemnizar á los demandantes los daños y perjuicios que les ocasionaba por infringir el citado contrato, imprimiendo y publicando él solo la expresada obra, refundida en un tomo, así como á la pérdida de los ejemplares publicados y demás penas que establece la ley de Propiedad intelectual, y al pago de todas las costas:

Resultando que los expresados demandantes, en apoyo de la referida pretensión, alegaron: que el año 1853 fundó D. José Reus y García el periódico profesional titulado *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, asociándose para publicarlo: primero, con D. Ignacio Miguel, y después con D. Pedro Gómez de la Serna, quedando al cabo de algún tiempo como únicos propietarios el último y Reus, quien, fallecido Gómez de la Serna, procedió á liquidar con su viuda y herederos la participación que tenía en

la *Revista,* otorgándose el 10 de Junio de 1878 la escritura para dicha liquidación y refundición en Reus de todos los derechos correspondientes á aquél, cuyo importe se fijó en 16.000 duros, restando satisfacer una pequeña suma de aquella cantidad; que una de las secciones de la mencionada publicación comprendía la jurisprudencia civil, insertando, en tomos separados de las demás secciones de la *Revista,* las sentencias de este Tribunal Supremo en los antiguos recursos de nulidad y los posteriores de casación, literalmente, por orden cronológico, precedida cada una de un encabezamiento indicativo de su fecha y nombre de las partes, y de un extracto del punto doctrinal resuelto, citándose la *Gaceta* en que estaba publicado, é insertando al final de cada tomo dos índices, el uno cronológico, y el otro con el título de «Repertorio alfabético de las cuestiones y puntos de derecho resueltos por el Tribunal Supremo en las sentencias contenidas en este tomo», siguiéndose en el mismo Repertorio el método de poner bajo un epígrafe común todas las resoluciones doctrinales contenidas sobre la materia en las diversas sentencias insertas en el propio tomo con la cita al final de cada resolución del número de la respectiva sentencia en el índice cronológico de su fecha y de la página en que se encontraba, llevando publicados 56 tomos comprensivos de todas las sentencias dictadas desde 1839 á 1884 inclusive, y continuaban publicándose las posteriores, con el epígrafe todos los tomos en su primera hoja, de «Biblioteca de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, (Sección de Jurisprudencia), Jurisprudencia civil», y en la segunda «Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, en recursos de nulidad, casación é injusticia notoria y en materia de competencias, desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el dia. Publicada por lcs Directores de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*», sin otra variación que la de decirse desde el tomo 25, correspondiente al año 1872 en adelante: «Publicada por la Dirección de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*»; que D. José María Pantoja entró á formar parte de la redacción de la *Revista,* teniendo á su cargo diversas secciones de la misma, y limitando, por último, sus trabajos á encargarse de las de jurisprudencia civil, criminal y administrativa, haciendo el extracto del punto de doctrina resuelto por la sentencia respectiva y las citas expresadas al final de cada una, y cobrando por ello el sueldo al mismo asignado, el cual desde 300 reales mensuales había llegado á ser de 1.000, también en cada mes; que el año 1867, siendo ya crecido el número de tomos publicado, pareció conveniente á la Dirección de la *Revista* coleccionar en uno solo los Repertorios alfabéticos insertos al final de cada uno, para reunir en un volumen los puntos de doctrina diseminados en aquéllos, haciendo más fácil su consulta y manejo, y se publicó la obra *Repertorio de la Jurisprudencia civil española,* en la que apareció Pantoja, por su amistad con Reus y el deseo de éste de favorecerle, dándole á conocer como autor de ella; siendo así que no se trataba de una obra original, y se puso á la venta con el epígrafe, en la primera hoja, de «Biblioteca jurídica de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Repertorio de la Jurisprudencia civil española», y en la segunda, «Repertorio de la Jurisprudencia civil española, ó compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético, de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo de Justicia en las decisiones sobre recursos de nulidad, casación ó injusticia notoria, y en la resolución de las competencias jurisdiccionales, por Don José María Pantoja, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, precedido de una introducción por D. Pedro Gómez de la Serna, y de un prólogo del autor»; no formalizándose, á causa sin duda de la amistad que unía á Reus y Pantoja y las condiciones especiales en que éste se hallaba colocado cerca de la *Revista,* contrato alguno escrito entre ellos, en el cual se

fijaran las bases de la publicación; pero, sin embargo, los actos posteriores de las partes demostraban de una manera completa, cuáles fueron aquéllas; pues una vez publicada la obra se llevó á inscribir en el Registro de la propiedad literaria, con arreglo á la ley de 10 de Junio de 1847, y se inscribió, apareciendo como autor Pantoja, y como editores el mismo y Reus, en 7 y 8 de Agosto de 1867, según documentos que se acompañaban; y en otro de 4 de Mayo del propio año, aparecía el primero como autor y editor, sin hacerse mérito de Reus; y habiendo tenido apéndices lo misma obra, se inscribieron igualmente, apareciendo respecto al quinta como propietarios y editores Reus y Pantoja y éste como autor, y en cuanto al sexto, como propietario el primero y autor el segundo, sin haber encontrado los demandantes los títulos relativos á otros Apéndices, además de lo cual el libro de contabilidad llevado desde 1867 se abrió con el epígrafe «La Administración de la Empresa en cuenta con ésta», sentándose en él por Debe y Haber las partidas de ingresos y gastos de que se hizo liquidación en 1.º de Enero de 1868, firmándola de acuerdo Reus y Pantoja con un saldo contra la Empresa, sin repartirse ningún dividendo, cuyo saldo se pasó á la abierta en 2 de Enero del citado año, liquidada en 31 de Marzo del 70, con saldo á favor de la Administración, firmándola también ambos, repartiéndose cantidades, y lo mismo sucedió en los años sucesivos de que se hace mérito, todo lo cual daba á conocer el contrato entre los repetidos Reus y Pantoja para la publicación de los Repertorios, consistente en figurar éste como autor del trabajo y aquél como editor, y establecerse una copropiedad de la obra entre los dos, corriendo Reus con los gastos que se pagaban de los ingresos, y repartiéndose luego las ganancias por mitad; sin referirse únicamente dicho contrato á la primera edición del Repertorio y Apéndices, sino á todas las sucesivas que pudieran hacerse, cual lo demostraba el que limitada primeramente á reunir los puntos de doctrina resueltos desde 1838 á 1866, se publicaron Apéndices con la posterior jurisprudencia, tratándose, por tanto, de una obra que dura mientras se publiquen sentencias de este Tribunal Supremo y formen dicha jurisprudencia, sin poderse tener por terminada con la primera edición del Repertorio, dada la existencia de los Apéndices, del que cuando se agotó aquella primera edición se hizo la segunda, y agotados á su vez los Apéndices primero, segundo y tercero, se reimprimieron, teniendo en uno y otro caso cuidado de hacer una tirada de ejemplares que nivelasen las existencias de los otros Apéndices, para que siempre hubiese el mismo número de ejemplares de la obra; sin alterar, al verificar tales reimpresiones, las condiciones con arreglo á las cuales se empezó la publicación; que al fallecimiento de D. José Reus y de su esposa, heredaron los bienes de éstos sus tres hijos D. Emilio, Doña Concepción y Doña Josefina, relatándose en la partición practicada bastante tiempo después, el contrato celebrado entre Reus y Pantoja en los términos reseñados, y se hizo constar en el supuesto décimo adjudicarse los tres herederos, por terceras partes, sin división material, el periódico *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, las obras publicadas con sus existencias, la parte de propiedad de los Repertorios y existencias, y la cuarta parte de la imprenta, haciéndose en esta forma las adjudicaciones y cediendo D. Emilio Reus á Doña Blanca y Doña Leonor Canalejas y Morayta, en pago de su legítima paterna, y á Doña Rafaela Morayta, viuda de Canalejas, para completar su hijuela, la tercera parte proindiviso que le correspondía en la *Revista* y obras referidas, Repertorios y existencias; por lo cual los demandantes eran dueños proindiviso de la mitad de los enunciados Repertorios y existencias; que la índole y naturaleza de esta obra indicaba no tratarse sino de uno de esos trabajos llamados de recorte ó tijera, como lo decía el mismo Pantoja al final de su prólogo; que deseoso el repetido Pantoja de

modificar su primitivo contrato con Reus para la publicación de los Repertorios, solicitó de los actuales propietarios de ellos y de la *Revista*, permiso, cooperación y acuerdo para hacerlo, mediando en el asunto, por la circunstancia de ser Director de la *Revista*, D. José María Manresa, por conducto del cual envió diversas proposiciones, siendo la última el proyecto de contrato acompañado á la demanda, á cuyas bases y condiciones no accedieron; y antes de venir á un acuerdo anunció la refundición en dos tomos del Repertorio y Apéndices, que proponía en la cláusula 10 de aquel proyecto de contrato, lo cual causó extrañeza á los demandantes, quienes le dirigieron carta, entregada por acta notarial también adjunta á la demanda, rogándole manifestara, en el término de quinto día, si insistía en llevar á cabo la publicación anunciada, para en su caso hacer uso de sus derechos, á cuya carta no contestó, sino que, á pesar de todo ello y de continuar como Redactor de la *Revista* percibiendo sueldo pagado por los demandantes, había hecho por sí la refundición anunciada, imprimiendo el primer tomo del que se presentaba el primer pliego, por el cual se veía estar copiada de la anterior la parte fundamental de la obra, sin más variación que las de forma y tamaño del libro y la de las citas de la *Colección legislativa*; que desde el anuncio en los periódicos por Pantoja de la publicación de los Repertorios refundidos, se había notado la paralización en la venta de los antiguos, así como la demanda de los nuevos, y en los almacenes de la *Revista* había más existencia de la obra «Repertorios y Apéndices de la Jurisprudencia civil» de más de 6.000 tomos, y que aun cuando el repetido Repertorio y sus Apéndices no son una obra original, y Pantoja sólo por las circunstancias expresadas y la condescendencia de Reus aparecía como autor, lo cierto era que contrató con el ultimo, estableciéndose entre los dos una copropiedad de la citada obra, no pudiendo en su consecuencia publicar por sí solo una nueva edición sin permiso de los demandantes, y habiéndolo verificado, era evidente su falta de cumplimiento del contrato y la acción de aquéllos para obligarle á cumplirlo, é invocaron, como aplicables al caso, la ley 1.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilación; los artículos 7.°, 19, 22 y 28 de la de Propiedad literaria de 10 de Junio de 1847, y la 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª:

Resultando que con la demanda se acompañaron los documentos mencionados en la misma, y entre ellos cuatro recibos talonarios expedidos por el Ministerio de Fomento con las fechas de 4 de Mayo de 1867, 7 de Agosto del mismo año, 31 de Marzo de 1887 y 28 de Septiembre de 1879, expresivos: el primero, de haber entregado D. José María Pantoja en aquel Ministerio, para los efectos de la ley de 10 de Junio de 1847, sobre propiedad literari,a un ejemplar de cuatro entregas de la obra de que era autor, titulada *Repertorio de la Jurisprudencia civil Española*, apareciendo designado también el mismo en dicho documento como editor; el segundo, de un ejemplar de tres entregas de la enunciada obra de que era autor y editores aquél y D. José Reus; el tercero, de haber entregado dichos Don José María Pantoja y D. José Reus y García, dos ejemplares de la obra de que eran propietarios *Repertorio de la Jurisprudencia civil Española*, Apéndice 5.°, 1875, 1876, designándose en el mismo á ambos como editores; y el cuarto, de la entrega por D. José Reus y García, para los efectos de la ley sobre propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879, de tres ejemplares de la con repetición expresada obra, Apéndice sexto 1877, 78, en el cual se designa como propietario al D. José Reus y García, y como autor á D. José María Pantoja; acompañándose también otro recibo talonario de la Biblioteca Nacional fechado el 8 de Agosto de 1867, relativo á la entrega por el D. José María Pantoja, en aquella Biblioteca y para los efectos de la citada ley de 10 de Junio de 1847, de un ejemplar de la precitada obra *Repertorio de la Jurisprudencia civil*, de que era propietario, y

editores el mismo y D. José Reus, y en el término de prueba, como uno de los extremos de la propuesta por la parte actora, se cotejaron con sus originales, hallándolos conforme á ellos los cuatro referidos recibos talonarios expedidos por el Ministerio de Fomento, viniendo además á los autos en la de ambas partes, certificaciones libradas por el Oficial del propio Ministerio, Registrador de la propiedad intelectual, en que se insertan entre otras las hojas de presentación correspondientes á los predichos recibos fechas 4 de Mayo de 1867 y 31 de Marzo del 77, con los cuales guardan conformidad, si bien en la relativa al primero de tales recibos se dice editor ó propietario D. José María Pantoja y D. José Reus, apareciendo la misma firmada por este último y la referente al recibo de 31 de Marzo del 77, por Reus y Pantoja, quien reconoció esta firma como suya, puesta que le fué de manifiesto á petición de los demandantes en su enunciada prueba.

Resultando que D. José María Pantoja, oponiéndose á la demanda, de la que pidió se le absolviera, condena á los demandantes de las costas y de los perjuicios causados, expuso: que en 1862 publicaban D. Pedro Gómez de la Serna y D. José Reus el periódico profesional *Revista general de gislación y Jurisprudencia* y él á su vez otro de la misma clase, titulado *El Eco de la Ley,* que se refundió en la *Revista,* á la que aportó las suscripciones que tenía, estipulando que Pantoja se encargaría desde entonces de la sección de Jurisprudencia de dicha *Revista,* percibiendo por entonces el sueldo de 300 reales mensuales, el cual se aumentaría según fuesen aumentando también los productos líquidos del periódico, y además se le entregaría una cantidad anual por razón de las suscripciones de *El Eco de la Ley;* que encargado desde luego de la expresada sección, había de tomar las sentencias de la *Gaceta* poniéndolas un encabezamiento comprensivo del punto ó materia de derecho resuelto, fallo dictado, nombre de las partes interesadas en el recurso, y un extracto de la doctrina sentada en los considerandos, después de lo cual se insertaba íntegra la respectiva sentencia, indicándose finalmente la *Gaceta* en que había sido publicada, en cuya forma y en pliegos separados de la *Revista* y del *Boletín* se daban las enunciadas sentencias por orden cronológico, formando con las de cada semestre un tomo, y al final de éste un índice cronológico, con los encabezamientos de ellas y página donde se encontraban, y otro alfabético, en el que se ponía al principio la palabra que indicaba la materia jurídica, insertándose seguidamente el extracto hecho por Pantoja de los considerandos, y por último el caso, recurso de nulidad ó casación, ó competencia, en que se había sentado la doctrina mencionada, con indicación también de la página que ocupaba en el tomo, cobrando por aquel trabajo el antedicho sueldo, que se aumentó sucesivamente y llegó á 1.000 reales mensuales, hasta el día 1.º del año 1887, en que dejó de fomar parte de la *Revista,* á virtud de una carta de D. Julián Martínez Sotos y D. Enrique García Alonso, obrando como dueños de la publicación, en que así se lo manifestaron; que en 1867, notando Pantoja la dificultad de encontrar en la colección de la *Revista* la doctrina sentada por este Tribunal Supremo, en cualquiera de las materias del derecho, por los muchos tomos publicados, creyó de gran utilidad un índice general de toda la jurisprudencia comprendida en dicha colección, sirviéndole de base los extractos de doctrina que tenía hechos y los índices que había formado á la conclusión de cada semestre, cuyo trabajo empezó á realizar, y cuando ya le tenía hecho en gran parte y era seguro terminaría en breve la nueva obra, consultó acerca de la manera mejor, más pronta y más barata de imprimirla y ponerla á la venta con D. José Reus, quien le propuso podía hacer la impresión en la imprenta de la *Revista,* que se administraría en la Administración de ella, y que se vendería en las oficinas y establecimientos corresponsales de la misma,

prestándose, sin esperar á que Pantoja se lo indicara, á publicar como editor la nueva obra que Reus conocía á fondo, y se acordó la publicación en la forma ordinaria, ó sea en las condiciones generales en esta clase de empresas, de ser Pantoja autor de la obra, propietario de la misma, y Reus el editor á quien aquél entregaba su original que publicaba el segundo, haciendo todos los gastos á reintegrarse de los primeros productos de la venta, repartiéndose después la ganancia líquida por mitad entre los dos, que ésta fué la forma en que se verificó la publicación del *Repertorio de la Jurisprudencia,* siendo Reus el editor, y realizando con ello un negocio, pues cobraba por el adelanto de los gastos, que á lo más sería de tres meses, el 50 por 100 de los productos líquidos, cual lo comprobaban diferentes partidas del libro de Administración, apareciendo en él también otras de gastos de almacén y del 10 por 100 de administración, de que se databa Reus; sin formalizarse entre éste y Pantoja contrato alguno para la publicación del Repertorio, porque pactaban, según lo dicho, en la forma ordinaria y con las condiciones generales á que todo editor somete al autor de una obra que no dispone de recursos para publicarla por su cuenta; que la citada obra se publicó en 1867, apareciendo Pantoja como su autor, y así les constaba á todos los Abogados de esta corte, siendo públicas también las relaciones de Pantoja con la *Revista,* como igualmente sabían todos ser de esta última la sección de Jurisprudencia, por lo que los tomos no llevaban el nombre del demandado; que el Repertorio es un trabajo especial, no de recorte, sino original; pues además de serlo de Pantoja el modo y forma de coleccionar las sentencias, lo coleccionado eran extractos que él mismo hacía en la *Revista* para la sección de Jurisprudencia, coleccionando y ordenando su propio trabajo, con la forma y método que creyó más convenientes á sus fines; que demostrado ser Pantoja el autor de la obra, quedaba con esto probado el hecho de que también era propietario único de ella, propiedad que no había cedido á Reus, quien nunca se consideró partícipe de ella, sino solamente editor, por sí, con independencia de la Empresa de la *Revista,* y así en los libros de Administración no se hacía mérito de aquélla, sino de Reus, al repartir los dividendos, y en las mismas condiciones se publicaron los *Apéndices* y la segunda edición del *Repertorio de la Jurisprudencia civil,* siendo el repetido Reus quien daba generalmente la nota ó parte para el Registro de propiedad literaria, sin que de los documentos á aquél relativos se dedujese la copropiedad supuesta por los demandantes; que fallecido D. José Reus, continuaron sus herederos unidos con Pantoja en la Empresa de los *Repertorios,* hasta que en 1885, como escaseara ya el número de ejemplares del de la *Jurisprudencia civil,* por estar para agotarse la segunda edición, deseando el demandado formalizar un contrato ó documento que al mismo tiempo que fijara las bases y condiciones de la publicación, sirviera para hacer la liquidación general de gastos y productos, no practicada por no haberla presentado el D. José ni pedido aquél, se dirigió á D. Emilio Reus, que estaba al frente de los negocios de la casa y continuaba la personalidad de su padre en la *Revista,* indicándole la conveniencia de hacer dicho contrato, y exponiéndole la necesidad de una tercera edición de la *Jurisprudencia civil,* con cuyo motivo le rogó el D. Emilio se encargara de redactar las bases, lo cual hizo, remitiéndoselas para su examen, una vez terminadas, siguiéndose, con motivo de las ocupaciones y negocios del D. Emilio y del casamiento de su hermana Doña Josefina, dilaciones perjudiciales á Pantoja, por haberse agotado la segunda edición sin embargo de lo que esperó, con el deseo de transigir amistosamente la enunciada liquidación y continuar con los herederos de D. José Reus las buenas relaciones que había mantenido con su padre; pero ocurrida en Diciembre de 1886 la quiebra del D. Emilio, ausente desde entonces de esta

corte, conociendo Pantoja las dificultades que existirían para entenderse con las hijas del D. José, y su falta de recursos, á consecuencia de aquel suceso, pensó en publicar por su cuenta la tercera edición del antedicho *Repertorio de la Jurisprudencia civil,* refundiendo en un solo volumen el publicado en 1867 y los ocho *Apéndices* posteriores, y participó su propósito y decisión á las hijas de D. José Reus y á la Administración del *Repertorio,* no para pedir á aquéllos permiso, según se afirmaba en la demanda, pues no le necesitaba, sino por ser justo les hiciese tal manifestación; exponiéndole, tanto las enunciadas hijas de D. José Reus como la Administración de la *Revista,* los perjuicios que á ésta se ocasionarían si separaba su obra de aquella publicación, y la conveniencia de continuar juntos como antes; y haciéndoles Pantoja la observación del tiempo transcurrido sin venderse un ejemplar del *Repertorio* y de la necesidad de verificar la liquidación general, se ofrecían á practicar inmediatamente ésta y empezar cuanto antes la tirada de la tercera edición, tal y como la había propuesto á D. Fmilio, todo lo que tropezó con la dificultad de la falta de recursos de los herederos de Reus y la complicación de haber cedido D. Emilio su tercera parte en la *Revista* á Doña Rafaela Morayta y sus dos hijas menores de edad; y disponiéndose, en su consecuencia, el demandado á comenzar por su cuenta dicha tirada, se le dijo por vez primera no ser el único propietario del *Repertorio* y haberse éste comprendido en las particiones de los bienes dejados á su fallecimiento por D. José Reus y su esposa, al adjudicar á los herederos la publicación profesional titulada *Revista de Legislación y Jurisprudeneia,* negándose Pantoja á reconocer en nadie derecho de propiedad sobre sus obras, pues aquellos herederos se equivocaron al adjudicarse la que nunca tuvo ni creyó tener su padre; que como en este tiempo se encargara de la direceión de la *Revista* D. José María Manresa, con el deseo de evitar conflictos y de que siguieran las cosas según habían marchado en vida de D. José Reus, intentó conseguir una avenencia, y á nombre de los mencionados herederos, en unión de D. Acacio Charrín, antiguo redactor de la precitada publicación, designado por Pantoja, después de conferenciar sobre todas las cuestiones pendientes, llegaron á un acuerdo y fijaron unas bases ó proyecto de contrato, que eran las acompañadas á la demanda, en las cuales no se trató nada sobre la propiedad del *Repertorio,* en razón á que si los demandantes se consideraban con derecho á ella, Pantoja no lo reconocía, ni se modificó tampoco lo convenido entre éste y Reus para la publicación del *Repertorio*, sólo sí se dijo venir siendo la Empresa de la *Revista* el editor, cuando realmente lo era D. José Reus, diciéndose esto porque el demandado debía tratar con todos los dueños de dicha *Revista*, comprendiendo también las bases la necesidad y acuerdo de proceder á la liquidación general y á la publicación ó tirada de la tercera edición del *Repertorio*, tal y como Pantoja la había propuesto desde Agosto de 1885; pero D. Julián Martínez y D. Enrique García Alonso manifestaron á D. Acacio Charrín no poder firmar aquellas bases, por implicar la indicada tercera edición del *Repertorio* unos gastos que la Empresa de la *Revista* no tenía posibilidad de hacer, á lo que les contestó Charrín que no se sorprendiesen si Pantoja se decidía á publicarla por su cuenta, respondiendo aquéllos que podía hacer lo que creyese más conveniente; que enterado el demandado de la actitud de los Empresarios de la *Revista*, se decidió á verificar por su cuenta la tercera edición de su *Repertorio,* para la que tenía hechos grandes trabajos desde Noviembre de 1885, y la anunció en *El Imparcial* y *La Correspondencia,* empezando la tirada; que el mismo demandado sufría perjuicios, no sólo por verse obligado á pleitear, sino también por el retraso y entretenimiento en que le habían tenido durante ocho meses los demandantes; que éstos reclamaban indemnización por la paralización

de la venta de los antiguos *Repertorios* desde que Pantoja anunció en los periódicos la publicación de los refundidos, diciendo haber en los almacenes de la *Revista* una existencia de dicha obra y *Apéndices* de más de 6.000 tomos, lo que no era exacto, pues desde Agosto de 1885 ya no los había en la Adminislración de la *Revista*, y entre todas las librerías de Madrid no habría más de cuatro á seis ejemplares; y en cuanto á los *Apéndices*, á más de que el *Repertorio* nuevo no impedía se vendieran los antiguos, hacía dos años era mucho menor su número, y suponiendo existiesen los 6.000 ejemplares, la mitad son de Pantoja, y si hubiere perjuicio para los demandantes por la otra mitad, ya sabían que aún no habían presentado la liquidación general de gastos é ingresos; y que lo coleccionado en el *Repertorio* es trabajo de Pantoja, como extractos por él hechos de la doctrina legal sentada por este Tribunal Supremo en los considerandos de sus sentencias, de cuyos extractos es aquél autor, aunque los hiciera para la sección de *Jurisprudencia* de la *Revista;* y tiene derecho para coleccionarlos y publicarlos en la forma que lo había verificado en el *Repertorio* y *Apéndices*, correspondiéndole, por tanto, la propiedad de éstos en el concepto indicado, y en la parte anterior á 1862, que no eran extractos hechos por Pantoja, ya tuvo éste el permiso competente de los Directores de la *Revista* para incluirlos en su *Repertorio*, como lo probaba el haber escrito la introducción histórica del mismo D. Pedro Gómez de la Serna, y haber sido D. José Reus editor, consintiéndole ambos á Pantoja que constase su nombre como autor de la obra; y citó en apoyo de sus pretensiones los artículos 1.°, 2.° y 3.°, en su núm. 3.°, de la ley de 10 de Junio de 1847; los 2.°, 6.° y 30 de la de 10 de Enero de 1879; la 14, tít. 34, Partida 1.ª, acerca de los perjuicios causados al demandado; la 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, y la Real orden de 31 de Enero de 1853:

Resultando que los demandantes en el escrito de réplica negaron la exactitud de lo alegado en la contestación, en cuanto no estaba conforme con la demanda, exponiendo, respecto á los perjuicios, negar el demandado los que les había causado, y estaba causando; pero en el término de prueba harían constar la certeza de las afirmaciones que tenía hechas, y por su parte negaron los hubiesen producido á dicho demandado, cuando cabalmente sucedía lo contrario; y duplicando aquél, insistió también á su vez en sus alegaciones, con impugnación de lo expuesto contra ellas, sosteniendo nuevamente, en lo relativo á perjuicios, haber sido evidentes, pero causados por los actores á Pantoja; y después de formular en uno de los párrafos de dicho escrito la pregunta de si podía hacer la tercera edición cómo y cuando le conviniese, por ser el propietario de la obra, se añade: «Indudablemente el *Repertorio* quedó agotado en 1885, y si es verdad que existen algunos *Apéndices*, si por hacer la tercera edición del *Repertorio* refundiendo en él los *Apéndices* se perjudica la venta de éstos, Pantoja indemnizaría ese perjuicio que siempre resulta muchísimo menor del que se le originaría á él no haciendo la tercera edición, y por lo tanto, no vendiendo ejemplar alguno de su obra»:

Resultando que abierto el período de prueba entre la practicada por los demandantes á más de la testifical y de la que ya hubo de indicarse en otro lugar, se realizó un recuento de las existencias en la imprenta y almacenes de la *Revista*, consistentes, según el mismo: en 176 ejemplares del *Apéndice* primero del *Repertorio de Jurisprudencia civil;* 85 del segundo; 1.758 del tercero; 288 del quinto; 880 del sexto; 1.404 del séptimo, y 2.832 del octavo, y en un ejemplar completo de la obra, compuesto del *Repertorio* y de los ocho *Apéndices*, incluso el cuarto, del cual no existía ninguno en los almacenes; reconociendo Pantoja como suyas las firmas respectivas de los documentos presentados y de los recibos y anotaciones de percibo de cantidades que aparecían en el libro de contabilidad de la

Administración de la Empresa de los *Repertorios*, añadiendo que el conforme que antecedía á éstas últimas, puesto en su casi totalidad por Reus, no lo había tenido nunca, ni lo tenía por una conformidad á liquidación definitiva por las razones que expresó, y en la del demandado se puso testimonio con referencia á los libros de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, á los de la imprenta de la misma y á los de Administración de los *Repertorios*, adicionándose aquél con los extremos designados de contrario y apareciendo, entre otros particulares, de todo ello, que: en el titulado *Repertorios*, principiado en 1867 terminando en 31 de Diciembre de 1886, se hallan varios asientos de entregas de cantidades iguales á Reus y Pantoja, y recibos de éste, por cuenta de utilidades de los *Repertorios*; en el de contabilidad de los *Repertorios* existen varios asientos de liquidación del Haber y Debe de la Administración de la Empresa, relativos también á entregas de cantidades iguales á Reus y Pantoja en diferentes fechas, hasta 21 de Marzo de 1885, y en adelante á los herederos de Reus, en unos asientos, y en otros á los propietarios de la *Revista*, incluyéndose en el Haber partidas por pagos de dividendos de impresión y otros gastos, figurando entre ellas una de 4.000 reales, por el 10 por 100 de administración de 40.000 recaudados; y finalmente, en el de contabilidad de la *Revista* constan los asientos relativos al abono á Pantoja de mensualidades, sin encontrarse en éste partida alguna por gastos é ingresos referente á los *Repertorios* y sus *Apéndices*, practicándose también por esta parte prueba de testigos:

Resultando que continuada la tramitación del juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 21 de Enero del año próximo pasado 1890 sentencia confirmatoria, por la que se absuelve de la demanda á D. José María Pantoja, sin hacer expresa condena de costas de primera instancia, é imponiendo á la parte actora apelante las de la segunda:

Resultando que contra esta sentencia ha interpuesto la representación de D. Emilio, Doña Concepción y Doña Josefina Reus y Bahamonde recurso de casación, como comprendido en los números 1.° del art. 1191, y 1.° y 7.° del 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, acreditando haber constituído el depósito que aquélla previene, y alegando como motivos del mismo:

1.° La ley 43, tít. 2.°, Partida 3.ª, según la cual, «magüer el demandador non pruebe todo cuanto pusiere en su demanda, que en aquello que probase que vale et que el juzgador de sentencia contra el demandado en tanto cuanto fuere probado contra él»; precepto legal infringido por la sentencia absolutoria de la demanda en el extremo de la indemnización de daños y perjuicios, por evidentísimo error de hecho, demostrado con documentos auténticos, como lo son los escritos de las partes, toda vez que niega la indemnización pretendida, porque dice, en su considerando segundo, que sólo hipotéticamente ó para efectos de discusión han tratado las partes de la indemnización mutua de perjuicios á que pudiera dar lugar el contrato meramente editorial, y en los fundamentos de derecho de la demanda se había expuesto concretamente al punto de los daños y perjuicios: que desde que Pantoja anunció en los periódicos la publicación de los *Repertorios* refundidos se notó la paralización de la venta de los antiguos y la demanda de los nuevos, quedando de aquéllos en los almacenes de la *Revista* una existencia de más de 6.000 tomos, á lo que contestó el demandado negando la certeza de aquel dato numérico, añadiendo, según el apuntamiento, documento también auténtico, conforme la novísima jurisprudencia, establecida en sentencia de casación de 4 de Diciembre de 1888, que aun suponiendo la existencia de dichos ejemplares, la mitad eran de Pantoja, y si hubiera perjuicio para los demandantes, por

la otra mitad ya sabían que no habían presentado la liquidación general de gastos é ingresos, y por lo tanto, los demandantes consignaron, para todo evento, su derecho á ser indemnizados, limitándose el demandado á excepcionar la negativa de la existencia de ejemplares determinante de aquella indemnización, ya que el punto de la liquidación general no habiendo sido objeto del debate, tampoco había de serlo del fallo, del cual, en vista de las alegaciones de las partes, no podía, sin manifiesta infracción de la ley citada, excusar la resolución de aquel capítulo de la demanda, ni apoyarla, si fuese negativa para los demandantes, en otro fundamento que en la falta de prueba de la existencia de ejemplares alegada por aquéllos, única hipótesis y sola condición que limitan el allanamiento del demandado á la indemnización pretendida, puesto que en el escrito de dúplica había dicho, ¿puede Pantoja hacer la edición tercera, cómo y cuando le convenga, por ser el propietario de la obra?; indudablemente el *Repertorio* quedó agotado en 1885, y si es verdad que existen algunos *Apéndices*, «si por hacer la tercera edición del *Repertorio*, refundiendo en él los *Apéndices*, se perjudica la venta de éstos, Pantoja indemnizaría ese perjuicio», que siempre resulta muchísimo menor del que se le originaría á él no haciendo la tercera edición; sin que pueda objetarse que por estos razonamientos se dirige el recurso contra un considerando de la sentencia, cosa que lícitamente se puede hacer, por ser regla de Jurisprudencia establecida en sentencia de 2 de Julio de 1887, que si bien no procede el recurso contra los considerandos, esto debe entenderse y se entiende cuando la parte dispositiva de la sentencia se justifica por otros fundamentos, que es precisamente lo que aquí no sucede, porque la parte de fallo referente á este punto se basa sólo en el equivocado supuesto de que las partes han debatido el punto de la indemnización, sólo en hipótesis y para los efectos de la discusión; y prescindiendo del citado considerando, aún resultará evidente la infracción de la expresada ley, por haber el demandado reconocido explícitamente su obligación de indemnizar daños y perjuicios si se acreditaba la existencia de ejemplares de los antiguos *Repertorios;* y era un hecho probado que en los almacenes de la *Revista* quedaban 7.423 ejemplares:

2.º Infringir la sentencia al mismo propósito del mencionado capítulo de la demanda, la regla 17, tít. 34 de la Partida 7.ª, que veda el enriquecimiento torticero, siéndolo positivamente el que, con daño injusto de los recurrentes, resulta para Pantoja de no cumplir la obligación de indemnizar daños y perjuicios por él mismo reconocidos, con la sola salvedad de una condición cuyo cumplimiento declara la Sala sentenciadora al aceptar el resultando sexto de la del inferior:

3.º Las doctrinas legales establecidas por este Tribunal Supremo, como reiterada jurisprudencia, según las cuales: cuando resulta acreditada la existencia de un contrato, es ineludible en los contratantes la obligación de cumplirlo; lo que estipulan las partes en un contrato debe cumplirse como ley en la materia; los hechos de las partes contratantes, practicados en consecuencia de las obligaciones que celebran, sirven para interpretarlas, y nadie puede contrariar eficazmente sus propios actos; doctrinas infringidas por dicha Sala, en cuanto, aun estimando como meramente editorial el contrato celebrado para la publicación de la obra de los *Repertorios*, excluye del mismo la tercera edición, parte integrante de la misma obra, contrariando con esto, no sólo los actos y declaraciones del demandado, sino las de la propia Sala; porque discurriendo aquél en la hipótesis de ser único propietario de los *Repertorios* para explicar su contrato editorial con Reus, dijo: que cuando llegaba á su término la nueva obra, refiriéndose á su trabajo preparatorio, consultó con dicho Reus la manera mejor y más barata de imprimirla y ponerla á la venta... y como para Pan-

toja existía la dificultad de la cuestión de gastos de impresión y publicación, Reus se prestó á publicar como editor la nueva obra, que así constantemente la designa y califica, y al continuar hablando de ella añade que lo mismo referido con respecto á las condiciones del contrato, en cuanto á los gastos y utilidades del *Repertorio*, ó sea el primer volumen de la obra, ocurrió con los *Apéndices* publicados con posterioridad; pues comprendiendo aquél la doctrina legal ó regla de jurisprudencia, sentada por este Tribunal Supremo, dicha obra no tiene límite, y de aquí que comprendiendo el *Repertorio* las reglas ó doctrinas de jurisprudencia sentadas hasta 1866, debía continuar según fueran transcurriendo los años, bien en otros libros de *Repertorio* ó ya en *Apéndices*, para que siempre estuviera completa la obra, y esos *Apéndices* que se publicaban cada dos años entraran en las mismas condiciones de edición que el *Repertorio;* y á su vez declaraba la sentencia, en el considerando sexto, que los hechos del pleito sólo reflejan la existencia de un contrato de Sociedad para la editación de la obra; no existiendo, por último, en los autos el más leve rastro de que Pantoja y Reus celebraran nuevo contrato para publicar la segunda edición de la obra de los *Repertorios*, sin embargo de lo cual, Reus publicó bajo idénticas condiciones que la primera, y el mismo Pantoja presentó personalmente en el Registro de la propiedad literaria ejemplares de varios *Apéndices*, declarando como editor á Reus, á cuyos representantes y herederos se dirigió previamente á la tercera edición de la obra; actos todos demostrativos del reconocimiento del compromiso que con Reus le unía para la edición de la obra de los *Repertorios*, sin que los recurrentes pretendan ahora limitar de tal suerte la libertad de Pantoja que no pueda, sin el concurso de ellos, emprender por su exclusiva cuenta una nueva serie de *Repertorios*, derecho cuya discusión sería objeto de un pleito sobre la eficacia y consecuencia de la rescisión del contrato por aquél realizado; pero al presente no se trataba de esto, sino de una tercera edición, ó sea de la parte de un solo tomo que forma la obra de los *Repertorios*, dividida en un primer volumen y siete *Apéndices*, editada por cuenta y riesgo de Reus, y de la cual es aquella parte lisa y llanamente una refundición, bajo cuyo concepto son notorias las mencionadas infracciones cometidas al mutilar *ad libitum* los efectos del contrato, y sancionar la rebeldía del demandado contra sus propios actos:

4.º La doctrina legal consignada en sentencia de 5 de Mayo de 1878, según la cual, toda condición ó circunstancia que pertenece á la naturaleza ordinaria de un contrato, se entiende siempre comprendida en él; y la ya citada regla 17, tít. 34, Partida 3.ª, en cuanto al excluir la Sala sentenciadora del contrato celebrado por Reus y Pantoja la mencionada tercera edición, va contra la costumbre que por su generalidad y constancia es condición que pertenece á la naturaleza ordinaria de todo contrato editorial que se celebra para la publicación de una obra, en cuya virtud, salvo pacto en contrario, á toda la obra, integrada por sus varias ediciones, en circunstancias como las que concurren en la tercera de los *Repertorios*, alcanza el contrato, compensación verdaderamente justa del valor y riesgos del capital invertido por el editor, y por cuyo olvido ó desconocimiento se infringe la mencionada regla de las Partidas:

5.º El art. 13 de la ley de 10 de Junio de 1847, sobre propiedad literaria, cuyo sentido desarrollan y completan los artículos 2.º de la Real orden de 1.º de Julio de 1847, 3.º de la de 31 de Enero de 1853, y 2.º de la de 1.º de Marzo de 1867; preceptos legales que respectivamente previenen: el primero, que ningún autor gozará de los beneficios de la ley si no probare haber depositado un ejemplar de la obra que publique en la Biblioteca Nacional y otro en el Ministerio de Instrucción pública antes de anunciarse la venta; el segundo, que á los autores ó editores se les entregará un re

cibo con las mismas circunstancias anotadas en el Registro y con expresión además del folio y número del asiento, cuyo recibo lo firmará el propio Archivero, «para que en todo tiempo obre los efectos que la ley previene»; el tercero, «que la calidad de propietario se acreditará igualmente exhibiendo el recibo ó certificado que en todos los países en que existen leyes sobre propiedad literaria se dá por Autoridad competente á los autores ó editores que cumplen con el depósito y demás condiciones de dichas leyes, siendo precisamente este cumplimiento lo que constituye la propiedad legal del autor ó editor»; y el cuarto, que por el Ministerio y por la Biblioteca Nacional se expedirá al propietario de la obra un recibo ó talón conforme al modelo núm. 2, adjunto á la Real orden de referencia, que servirá en todo tiempo para acreditar su derecho, demostrando la infracción de dichos artículos, independientemente del error de derecho en la apreciación de la prueba que se indicaría después, al recordar que obran en autos, en calidad de documentos indubitados, las hojas ó recibos de presentación del *Repertorio general* y sus *Apéndices* en el Registro de la propiedad intelectual: documentos expedidos á nombre de Pantoja y Reus; y, sin embargo, la Sala sentenciadora niega al segundo el derecho de copropiedad en aquella obra, no obstante que por Ministerio de la ley el cumplimiento de los requisitos legales, acreditados por los enunciados recibos, «constituye la propiedad legal del autor ó editor, y sirve en todo tiempo para acreditar este derecho»:

6.º Los propios textos legales del motivo anterior y además el art. 2.º de la Real orden de 1.º de Marzo de 1856, y el 34 de la ley sobre propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879, bajo cuyo régimen se publicaron é inscribieron en el Registro algunos *Apéndices*, en cuanto el fallo recurrido implica, y así con toda expresión lo dice la sentencia del Juzgado, que la Sala sentenciadora atribuye el derecho de propiedad no más que al autor material de la obra, de tal suerte, que por sólo este concepto estima demostrado aquel derecho, y consiguientemente contradice su fallo la verdad legal de que por el hecho de extenderse la hoja de presentación y expedirse por el Registro el recibo de aquélla á nombre del editor, se entiende declarada en favor del mismo la propiedad absoluta ó parcial, según con él concurran ó no el autor ú otras personas, convenciendo la simple lectura de las disposiciones citadas en el número anterior de que únicamente llama y admite la ley para cumplir los requisitos del Registro á los propietarios de las obras, ya lo sean por declaración de la ley misma, ya por consecuencia de contrato, lo que confirma el art. 1.º de la Real orden de 1.º de Marzo de 1856, según el cual, el autor ó editor que trate de anunciar una obra al público, «bajo la garantía de la ley de Propiedad literaria, en los casos que le alcancen sus beneficios, acudirá precisamente á la Biblioteca Nacional y al Ministerio, y entregará los dos ejemplares que dicha ley previene, acompañando una nota igual al modelo núm. 1, que obra en la página 313, tomo 67 de la *Colección legislativa,* y dice en su encabezamiento: «D..., vecino de... presenta (como autor ó editor), propietario, (el tomo ó entrega) de la obra...», etc., siendo para la ley el sujeto de derecho únicamente el propietario, llámese autor ó editor, y exclusivamente en cuanto propietario le admite á la presentación de la obra y estampa su nombre en el título; demostración ó garantía de su derecho de propiedad, como lo prescribe categóricamente el art. 34 de la ley de 10 de Enero de 1879, al disponer que los propietarios de obras científicas, literarias ó artísticas, entregarán firmados, en las respectivas Bibliotecas, tres ejemplares de cada una de aquéllas; por el hecho, pues, de presentar ó suscribir Reus las hojas para la inscripción de la obra de los *Repertorios* en el Registro de la propiedad y por el de figurar su nombre en los recibos expedidos por esta oficina, sea cualquiera el lugar que ocupe y el con-

cepto con que intervenga en unos y otros documentos, quedaba declarado y garantido su derecho de propiedad, que no se atribuye en ninguna parte de la ley ni de sus disposiciones complementarias á la sola cualidad de autor material de la obra, verdad legal incompatible con el fallo recurrido:

7.º La ley 2.ª, tít. 13, Partida 3.ª, que define la fuerza de la conoscencia, por la cual, dice, se puede librar la contienda....., etc., por ende el juzgador, ante quien es fecha, debe luego dar juicio á finado por ella, la regla de jurisprudencia de que «la confesión judicial constituye prueba plena contra el que la hace, con todos los requisitos necesarios», consignada en sentencia de 18 de Noviembre de 1887, y la doctrina legal que sanciona la virtualidad incontrastable de los actos propios, con relación á quien libre y conscientemente los ejecuta; infracciones cometidas en el fallo recurrido en lo que se opone á la eficacia de los actos realizados por Pantoja al presentar en el Registro de la propiedad literaria, y suscribir las hojas relativas á la obra en cuestión, y contradice la fuerza de la confesión judicial, bajo la que aquél ha reconocido la legitimidad de su firma puesta en dichos documentos; expresión todos del nombre y derecho de Reus, y especialmente en la hoja tercera:

8.º La ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, en relación con los artículos 578, núm. 2.º, y 596, núm. 3.º de la de Enjuiciamiento civil; y las doctrinas establecidas por este Tribunal Supremo en sentencias de 20 de Febrero de 1866 y 15 del propio mes de 1882, que al declarar: que cuando el demandante prueba su acción con documentos públicos sin tacha ni vicio legal, la sentencia que no da fuerza plena probatoria á dichos documentos, á pesar de su cotejo con sus originales, y absuelve al demandado, infringe la ley citada; que procede la casación si en la apreciación de las pruebas la Sala sentenciadora infringe la enunciada ley y la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual, hacen prueba acabada las cartas firmadas por mano de Escribano público, con las solemnidades y requisitos que determina dicha ley, y si á pesar de concurrir éstos en los documentos presentados por el demandante, se desestima su demanda con error de derecho; y que los Tribunales deben dar á los documentos públicos la fuerza probatoria que tienen, cuando no han sido redargüidos civil ni criminalmente de falsos: ley y doctrina que infringe la sentencia con relación á los recibos, títulos expedidos por el Registro de la propiedad literaria; considerando la cuestión litigiosa bajo el punto de vista del derecho común y con separación absoluta de la ley especial del caso, en cuanto comete la Sala error de derecho, patentizado por la inaplicación de los preceptos legales citados en el quinto motivo, y declaratorio del valor jurídico de los títulos de la copropiedad que el fallo recurrido niega á Reus en la obra de los *Repertorios:*

9.º Los artículos 1.º, 9.º, 10 y 11 de la ley de Propiedad literaria de 10 de Junio de 1847, el primero de los cuales otorga en primer término al autor el derecho de propiedad de la obra; el segundo lo confiere al editor, si aquélla fuese anónima; y los tercero y cuarto prohiben reproducir, compendiar ó extractar la obra ajena sin permiso de su autor; preceptos que infringe la Sala sentenciadora al no declarar que Pantoja debe compartir con Reus y sus representantes las utilidades de la obra, puesto que Pantoja «no es autor de la primera parte de los *Repertorios* formada con los extractos de jurisprudencia que, sin dar el nombre de su autor, la Empresa de la *Revista* llevaba publicados á la fecha del ingreso de aquél en su redacción», no pudiendo por lo mismo alegar derecho alguno para reproducirlos; y en efecto, sólo invoca el consentimiento tácito de la Empresa, consentimiento que en todo caso ha de entenderse otorgado bajo las condiciones en que Pantoja lo utilizó;

Y 10. El error esencial del fallo recurrido, según el que, la propiedad

de los *Repertorios* reside en Pantoja, autor material de la obra, y sólo puede estimarse compartida por Reus en la porción en que aquél se la haya enajenado; cesión ó venta que los demandantes debían probar y no lo habían hecho, á juicio de la Sala, estando aquí el vicio de origen de la sentencia; pues por ministerio de la ley del caso, aquella propiedad era privativa de Reus, ó sea de la *Revista,* y únicamente puede disfrutarla Pantoja en la cuantía y bajo las condiciones en que el primero se la transmitió, estado de derecho de la cuestión, demostrado por los siguientes preceptos legales infringidos:

1.º El art. 1.º de la ley de 10 de Junio de 1847, según el cual se entiende por propiedad literaria, para los efectos de dicha ley, el derecho exclusivo que compete á los autores de escritos originales para reproducirlos ó autorizar su reproducción, y el art. 9.º de la propia ley, que previene que los editores de las obras anónimas ó seudónimas gozarán de los mismos derechos que corresponden á los autores; pero si en cualquier período del disfrute probasen éstos, ó sus derechohabientes, pertenecientes á la propiedad, entrarán en el pleno y entero goce por el tiempo que falte, etc.; toda vez que forman la jurisprudencia extractada primero, y después copiada por Pantoja, los extractos puestos á la cabeza de las sentencias, los *Repertorios* parciales ó de tomo, que reproducen esos mismos extractos, agrupados por materias, bajo los epígrafes respectivos, y la séptima edición de los *Repertorios,* sumario de los parciales que á su vez lo eran de los extractos de cabeza; pues si bien es cierto que estos últimos son originales de Pantoja, también lo es que su autor los enajenó á la Empresa de la *Revista,* mediante precio representado por un sueldo, y estos extractos, de igual manera que los *Repertorios* parciales, fueron siempre *anónimos,* con respecto á Pantoja, resultando que por ser anónimos dichos extractos de cabeza de sentencia y los *Repertorios* parciales, ó de tomo, y porque Pantoja no sólo no ha intentado probar que le pertenece la propiedad, sino que lealmente ha reconocido ser la de una y otros de la *Revista,* no ha podido la Sala sentenciadora extender el derecho de aquél á más que á la parte que del suyo le enajenó Reus; y estimando lo contrario, se ha infringido, por aplicación indebida, el art. 1.º, y por falta de aplicación el 9.º de la expresada ley:

2.º Los artículos 10 y 11 de la misma y el 2.º de la de Propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879, en cuya virtud nadie podrá reproducir una obra ajena con pretexto de anotarla, comentarla, adicionarla ó mejorar la edición sin permiso de su autor, siendo este permiso igualmente necesario para hacer un extracto ó compendio de su obra, y correspondiendo la propiedad intelectual... á los que refunden, copian, extractan, compendian ó reproducen obras originales respecto de un trabajo, con tal de que, siendo aquéllas españolas, se haya hecho con permiso de los propietarios; y demostrado con anterioridad ser originariamente de la *Revista* la propiedad de los extractos cabeza de sentencia y de los *Repertorios* parciales, ó de tomo, sin la directa infracción de los predichos artículos, sólo en dos casos cabe autorizar la refundición ó meras ediciones de los *Repertorios,* reproducción á su vez de dichos trabajos, ó sea, probando Pantoja haber obtenido el permiso del editor, aquí único propietario, ó si se estima concedido ese permiso para la primera y segunda edición y subsistente para la tercera, reconociendo en ésta á favor del editor propietario los mismos derechos con que permitió la publicación de las anteriores;

Y 3.º Por aplicación indebida el art. 3.º de la repetidamente mencionada ley de 1847, y por inobservancia la Real orden de 11 de Octubre de 1853, pues si bien aquél atribuye el derecho de propiedad á los autores de sermones y á los de artículos y poesías originales de periódicos, siempre que estos diferentes escritos se hayan reunido en colección, como ais-

lando este precepto de los demás, resultaría contradictorio con el 10 y el 11 de la misma ley antes citados, que en términos absolutos exigen para toda reproducción el permiso del propietario, cuando no tenga este concepto el autor de la reproducción ó colección, precisamente para resolver las dudas que acerca de este punto se suscitaron, se dictó la enunciada Real orden, á fin de que los Tribunales encargados de la aplicación de la expresada ley impusieran con todo rigor las penas marcadas contra sus infractores, en la inteligencia de que gozan del derecho de propiedad los autores de los artículos y poesías originales de periódicos, aun no estando coleccionados, ó los editores cuando los escritos son anónimos, á tenor de los artículos 3.º, 4.º y 9.º de la repetida ley, resultando de todos ellos, así armonizados y explicados, que la propiedad de los artículos y poesías originales de periódicos, es del autor cuando los publica con su nombre; que siendo anónimas, aquel derecho es del editor; y que en uno y otro caso, sin permiso del propietario, autor ó editor, nadie puede reproducir, en forma alguna, tales escritos; y aun sin hacer mérito de no tratarse en el pleito de artículos, ni de poesías, dado ser anónimos los extractos cabeza de sentencias y los *Repertorios* parciales ó de tomo, con relación á Pantoja, no pudo éste reproducirlos ni los reprodujo, ni podía ahora refundirlos sin el permiso del editor propietario, supuesta, aun cumplido este requisito, la observancia de las condiciones bajo las que resulte otorgado el permiso, ó sin la demostración de que el propietario le enajenó todo ó parte de su derecho, bajo cualquiera de cuyos supuestos, los preceptos citados en este décimo motivo limitan el derecho de Pantoja, en la obra de los *Repertorios,* al disfrute condicional permitido por Reus, ó á la parte de propiedad por éste enajenada, y salvan el de Reus, en la parte de productos no comprendidos en el permiso, ó en la de la propiedad á que no alcanza la enajenación.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que solicitándose en la demanda de Doña Concepción Reus y Bahamonde y sus otros hermanos el estricto cumplimiento del contrato que se supone celebrado entre D. José Reus y García y D. José María Pantoja, sobre la partición como condueños en el *Repertorio de la Jurisprudencia civil*, á los sucesores de Reus, hoy recurrentes, correspondía, con arreglo á la ley 1.ª, tít. 14, Partida 3.ª, y negativa de Pantoja, acreditar que hubo contrato, su objeto, condiciones, el alcance de éstas, el término de la duración y demás conducente á la efectividad de lo pactado, sin olvidar la naturaleza del mismo, pues de otro modo no podía prosperar la demanda:

Considerando que esto supuesto no infringe la sentencia recurrida las leyes y doctrina que se invocan en los motivos 4.º, 5.º, 6.º, 8.º, 9.º y 10, porque la Sala, después de un minucioso examen de las pruebas, tanto documental como testifical, comprendiendo en aquéllas los resultados de la liquidación practicada por la distribución del saldo entre Reus y Pantoja, los recibos expedidos por el Ministerio de Fomento y las manifestaciones de las partes, declara que no se ha probado la celebración del contrato que sostienen los recurrentes, y por el contrario se acredita de un modo evidente que Pantoja era el autor propietario de la obra, propiedad que no consta cediera, deduciéndose únicamente de los actos practicados, que Pantoja y Reus convinieron en que éste fuese el editor, anticipando las cantidades necesarias para la impresión, y que deducidos los gastos, el saldo fuera por mitad; corroborando, además, la propiedad de Pantoja el haber continuado como redactor de la *Revista,* cobrando el sueldo que mensualmente se le tenía asignado, y por separado los productos de la impresión del *Repertorio,* razón por la que se le cargaban los derechos de almacenaje y administración, que sólo el dueño abona; demostrando todo ello que el

criterio de la Sala está ajustado al resultado de las pruebas y las disposiciones legales atinentes á la contratación, sin que haya incurrido en el error que se alega apoyado en las leyes de propiedad literaria que se citan, porque son inaplicables, á no hacerse supuesto de la cuestión, esto es, dar por cierto que hubo contrato, cuyo cumplimiento se pide al demandado;

Y considerando que las palabras consignadas en el escrito de contestación, referentes al abono de daños por la existencia de *Apéndices,* no pueden apreciarse como una simple y llana confesión por parte de Pantoja, puesto que éste en la súplica del escrito, que es la que determina la inteligencia y alcance de lo razonado, solicitó la absolución de la demanda en que se pedía el pago de perjuicios, y con ello evidenció su no conformidad, y sin ésta no hay fundamento para una condena que aparece más improcedente, apreciando, como es debido, que las partes reconocieron la conveniencia de publicar la tercera edición del *Repertorio*, por lo cual el transcurso del tiempo y las gestiones practicadas por Pantoja se oponen á acusar á éste de causante del daño, debiendo imputársele asimismo los sucesores de D. José Reus, que olvidaron de anticipar las cantidades necesarias para la impresión, y que el incumplimiento por su parte les privaba del derecho de reclamar, dejando libre á Pantoja, toda vez que no constaba pacto en contrario, y que la existencia de distintos Apéndices se tuvo en cuenta para tratar de la nueva publicación, convencidos sin duda los recurrentes de que los no vendidos demostraban que no llenaban los deseos de los que pudieran consultarlos, por cuya razón la Sala al no acordar la indemnización no infringe las leyes citadas en los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 7.º;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que en 21 de Enero de 1890 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte por D. Emilio, Doña Concepcion y Doña Josefina Reus y Bahamonde, á quienes condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que han constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á dicha Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada el 24 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Mayo del mismo año.)

94

Recurso de casación (28 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Ejecución de un laudo.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por los Síndicos de la quiebra de la Empresa concesionaria de aguas subterráneas del río Llobregat en autos con D. Luis Ferchat (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que el auto denegatorio de la tramitación de un incidente sobre nulidad de otro proveído teniendo por parte á un litigante, no es sentencia definitiva que termine el juicio ni reviste el concepto de tal, porque no pone término al pleito haciendo imposible su continuación, ni se halla en ninguno de los demás casos expresados en el art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que contra las sentencias que no tienen el concepto de definitivas, no procede admitir el recurso de casación, según lo dispuesto en el núm. 3.º, artículo 1729 de la citada ley.

Resultando que seguidos autos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Beltran, hoy del Hospital de Barcelona, por D. Luis Lobín y D. Luis Ferchat, con la Empresa concesionaria de aguas subterráneas del río Llobregat primeramente, y luego la sindicatura de la quiebra de la

misma, declarada en el Juzgado del distrito de la Universidad, también de Barcelona, por escritura que otorgaron aquélla y el D. Luis Ferchat, por sí y como liquidador de la razón social Lobín y Ferchat, se sometió el asunto á la decisión de amigables componedores, quienes pronunciaron su laudo, para cuya ejecución acudió Ferchat al referido Juzgado del distrito del Hospital, pidiendo con tal motivo la sindicatura al de la Universidad que requiriese á aquél de inhibición, como así lo verificó:

Resultando que el Juzgado del Hospital no accedió al requerimiento, del cual desistió el de la Universidad, apelando de esta resolución la sindicatura, y pendiente dicha apelación en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, compareció ante ella el D. Luis Ferchat, pretendiendo se le tuviese por parte bajo el concepto de que habían de remitirse á la Sala los autos del repetido Juzgado del distrito del Hospital, petición que le fué denegada; pero habiéndola reproducido, alegando su interés en el recurso pendiente, si bien recayó igual negativa, utilizó el de súplica, recayendo auto de 3 de Junio del año próximo pasado 1890, en que se le hubo por tal parte:

Resultando que la sindicatura de la quiebra de la mencionada Sociedad formuló en su consecuencia demanda solicitando que se declarase en definitiva la nulidad del mencionado auto de 3 de Junio y de cuantas diligencias se hubiesen practicado por razón del mismo, y que Lobín y Ferchat, ó sea su liquidador, carecía de acción y derecho para formar parte en aquella apelación, pronunciando nuevo auto la precitada Sala el 20 del mismo mes de Junio, en que declaró no haber lugar á admitir ni á tramitar el incidente promovido, y ordenó que se comunicaran los de su referencia á la parte apelante para instrucción; auto de que suplicó la repetidamente expresada sindicatura, siendo asimismo desestimada la súplica por otro de 29 de Septiembre siguiente:

Resultando que la sindicatura, con depósito de 1.000 pesetas, ha interpuesto contra los predichos autos de 20 de Junio y 29 de Septiembre del año próximo pasado, recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, invocando los artículos 689 y 690, en sus números primeros, de la de Enjuiciamiento civil, y fundándose en el número también 1.° del 1691, en relación con igual número del 1692 de la propia ley, y en los motivos que alega, oponiéndose el Ministerio fiscal á la admisión del mismo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que los autos contra los cuales se recurre no son sentencias definitivas que terminen el juicio, ni revisten el concepto de tales, porque no ponen término al pleito haciendo imposible su continuación, ni se hallan en ninguno de los demas casos expresados en el art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que contra las sentencias que no tienen el concepto de definitivas, no procede admitir el recurso de casación, según lo dispuesto en el núm. 3.°, art. 1729 de la citada ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por los Síndicos de la quiebra de la Sociedad titulada Empresa concesionaria de aguas subterráneas del río Llobregat; no se hace declaración respecto á costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; devuélvase el depósito constituído para dicho recurso; líbrese á la Audiencia de Barcelona la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 28 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

95

Recurso de casación (31 de Marzo de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Hermenegildo Fernández en pleito con Doña Filomena Flores y otros (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que no es de estimar la infracción de leyes relativas á extremos no discutidos en el pleito:

Que no infringe las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 14, Partida 3.ª, la sentencia que no releva al demandante del deber de probar, sino que, por el contrario, empieza por estimar que ha justificado con documentos auténticos el hecho en cuestión, lo que implica para el demandado la obligación de probar sus excepciones:

Que no es de estimar la infracción de la ley 20, tít. 12, Partida 5.ª, si para deducir de un poder lo que afirma la parte que lo invoca se contraría abiertamente su contexto.

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Marzo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Medina del Campo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, por Doña Filomena Flores Alonso, propietaria, vecina de dicha villa de Medina del Campo, como madre de los menores Leonor, Francisco y Paulino Zaera y Flores, herederos de su padre D. Toribio Zaera y Fernández y Doña Ambrosia Zaera y Fernández, como curadora ejemplar de su hermano D. Demetrio, causahabientes éste y el D. Toribio de D. Francisco Zaera, con D. Hermenegildo Fernández y Miranda, también vecino de Medina del Campo y propietario, en concepto de heredero de su hermano D. Sebastián Fernández y Miranda, quien á su vez lo fué de D. Manuel Fernández Montealegre, sobre pago de pesetas; pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado D. Hermenegildo, y en su representación y defensa el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez y el Letrado D. Joaquín Díaz Cañabate, habiendo llevado en este Tribunal Supremo, en el que no ha comparecido Doña Ambrosia Zaera, las de Doña Filomena Flores, el Procurador D. Fidel Serrano y el Licenciado D. Antonio Maura:

Resultando que por escritura otorgada en Medina del Campo á 14 de Septiembre de 1857, D. Manuel y D. Alejandro Fernández Montealegre y D. Francisco Zaera se confirieron mutuamente poder para que los tres juntos ó cada uno por sí solo, representando sus acciones y derechos, así como los de los otros dos, pudieran percibir y cobrar todas las cantidades de maravedises, trigo, centeno, cebada y cualquier otra clase de granos que se les adeudara á ellos y á la casa de la viuda é hijo de Montealegre, del comercio de aquella villa, á la cual representaban los otorgantes, dando los recibos y cartas de pago necesarias, que tendrían la misma validez que si fueran dados y otorgados por los tres comparecientes, para que arrendaran, vendieran, cómpraran y reivindicaran fincas, derechos y acciones, solicitaran reconocimientos de censos ó los redimieran, todo ello respecto de los bienes de uno ó de los tres, ó de la citada casa de comercio, y para comparecer en juicio en razón de lo referido:

Resultando que en otra escritura de 20 de Mayo de 1867, D. Manuel Fernández Montealegre compró á D. Francisco Fernández Polanco la tercera parte de nueve predios rústicos, consignándose que la causa originaria de esta transmisión era un procedimiento ejecutivo instado por el Don

Manuel, en el que D. Francisco Zaera había sido rematante, á calidad de ceder, como lo había hecho respecto de una tercera parte á su hermano político el D. Manuel, y de otra tercera parte á su otro hermano político D. Alejandro, y en nombre de éste á su hijo y testamentario D. Leocadio, reservándose para sí la otra tercera parte, mediante á que el crédito reclamado correspondía á la Sociedad Viuda de Montealegre é Hijo:

Resultando que asimismo, en escritura de 23 de Enero de 1868, los cónyuges D. Miguel Sanz y Doña Concepción Méndez, manifestaron que por consecuencia de varias letras giradas á cargo del D. Miguel, y satisfechas por D. Francisco Zaera, y de cantidades que además éste tenía entregadas al mismo, según liquidación practicada en aquel día, le estaba adeudando 8.000 escudos, ú 80.000 reales, los cuales no le era posible satisfacerle en el acto, confesando el D. Miguel y su esposa la Doña Concepción haber recibido, en los términos expresados, dichos 8.000 escudos, que había hecho el favor D. Francisco de adelantarles para atender á las necesidades perentorias de su casa y comercio, los que se obligaron mancomunada y solidariamente á satisfacerlos al D. Francisco Zaera en el día que se los reclamara, con el interés de 10 por 100 anual hasta el completo pago:

Resultando que D. Francisco Zaera falleció en 10 de Febrero de 1873, bajo testamento, en que nombró sus albaceas á su viuda Doña María de la O Fernández Montealegre y al hermano de ésta D. Manuel, por los cuales los hijos de la primera D. Toribio, Doña Ambrosia y otros, se otorgó, en 16 de Marzo de 1874, una escritura de división de los bienes de la Sociedad comercial Viuda de Montealegre é Hijo; y en operaciones divisorias del caudal relicto por el finado D. Francisco Zaera, en el inventario de las cuales se incluyó como partida núm. 1.092 una de 38.766 pesetas por importe de deudas á favor del caudal, procedentes de débitos de comercio y préstamos, que se suponían cobrables; se consignó en el supuesto 5.º: que como consecuencia de la sociedad familiar en que habían vivido el Don Francisco Zaera y su esposa Doña María de la O Fernández Montealegre con los hermanos de ésta D. Manuel y D. Alejandro, existían varias fincas compradas al Estado, para los tres, de las que faltaba pagar varios plazos, los que al hacer la división tenían acordado se pagaran por terceras partes, pues se habían dividido indistintamente los bienes por su verdadero valor, y en tal obligación, ascendiendo la tercera parte correspondiente á aquel caudal á 16.082 pesetas 64 céntimos, se rebajaría esta suma adjudicándola á la viuda Doña María para que fuera pagando los plazos con sus hermanos; y en el supuesto 6.º se dijo que se tenía también presente que los referidos hermanos, bien en nombre del D. Francisco Zaera, bien en el de los otros, ó bien con el de la casa de comercio Viuda de Montealegre é Hijo, que era el que habían usado, tenían á su favor varios créditos, entre ellos uno de 80.000 reales y sus réditos contra Miguel Sanz y Concepción Méndez, ya difuntos, créditos que habían convenido siguiera cobrándolos D. Manuel, que había llevado y llevaba el nombre de la casa y se repartiera por meses entre los tres lo que se fuera cobrando; y que de dichos créditos correspondía la tercera parte á aquel caudal, y se calculaba que se harían efectivas para los interesados en aquellas cuentas 38.776 pesetas, las cuales se adjudicarían á la viuda, sin perjuicio de que si cobrara para el caudal mayor cantidad se tuviese por aumento del mismo y se distribuyera entre la viuda y los hijos, según les correspondiera; siendo aprobadas estas operaciones, con la cualidad de sin perjuicio, por auto del Juzgado de primera instancia de Medina del Campo de 3 de Diciembre de 1874 y protocolizadas en 11 del propio mes:

Resultando que en 1876, Doña María de la O Fernández, por sí y como testamentaria de su difunto esposo D. Francisco Zaera y D. Manuel Fernández Montealegre, con igual carácter de testamentario del D. Francisco

promovieron juicio ejecutivo contra D. Isidoro y Doña Regina Sanz y Méndez, hijos y herederos de los ya difuntos otorgantes de la escritura de 23 de Enero de 1868 para el cobro de los 80.000 reales á que se refería aquélla, con sus intereses; y despachada la ejecución se embargaron á dichos hijos y herederos bienes de distintas clases, que fueron vendidos en pública subasta, ingresando el producto de estas ventas en poder de Don Manuel Fernández Montealegre, que á su nombre y en el de su expresada hermana Doña María suscribió hasta 10 recibos; habiéndose incoado mientras tanto por los mencionados hijos y herederos de Doña Concepción Méndez, contra la Doña María de la O y el D. Manuel Fernández Montealegre, como albaceas del D. Francisco Zaera, pleito ordinario sobre nulidad de la citada escritura de préstamo de 23 de Enero de 1868, en el cual dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid sentencia, á cuya casación no dió lugar este Tribunal Supremo, declarando nula y de ningún valor ni efecto dicha escritura, en cuanto en ella tenía participación Doña Concepción Méndez;

Resultando que D. Toribio Zaera en 1881, promovió también pleito contra su madre Doña María de la O Fernández, su tío D. Manuel, su hermana Doña Ambrosia y otros, sobre nulidad de la escritura de división de los bienes de la Sociedad Viuda de Montealegre é Hijo, otorgada en 16 de Marzo de 1874, pronunciando la Audiencia, en 30 de Octubre de 1883, sentencia que fué firme, por la cual declaró nula dicha escritura, mandando retrotraer las cosas al ser y estado en que se hallaban antes de su otorgamiento; habiéndose consignado en uno de los fundamentos del fallo del Juzgado que el hecho de que D. Francisco Zaera, con perfecta independencia de las operaciones sociales, realizó para sí diferentes adquisiciones, se había justificado plenamente por la certificación del Registrador de la propiedad en que se especificaban claramente diversas compras hechas por el Zaera para la Sociedad Viuda de Montealegre é Hijo, y se comprendían otras varias á nombre suyo solamente:

Resultando que Doña María de la O Fernández Montealegre presentó, en Julio de 1882, demanda contra su hermano D. Manuel para que le rindiera cuenta justificada de la administración de sus bienes, exponiendo que en 1874, á consecuencia de la muerte de su marido D. Francisco Zaera, se había disuelto la Sociedad Viuda de Montealegre é Hijo, de la que formaban parte el D. Francisco, el D. Manuel y los hijos de su otro hermano D. Alejandro, habiendo, en tal concepto, el D. Manuel cobrado créditos y percibido utilidades de que no quería dar satisfacción; contestando el D. Manuel que, en efecto, en 1874 se disolvió el caudal de la Sociedad familiar entre las tres partes nombradas por Doña María; que en 31 de Agosto de 1877, ésta y él dejaron el comercio á D. Toribio, que se quedó con los libros, inventario y balance de la Sociedad, y se encargó por su cuenta de la liquidación de créditos, comunicándose el hecho por dos circulares que presentaba de la referida fecha, suscritas, la una con la razón social y la otra por el D. Toribio, y que en 27 de Diciembre de 1880, Doña María y el D. Manuel, presentes los hijos y sobrinos, dividieron por mitad todo el dinero existente en la caja de fondos y en la mesa de escritorio, encargándose cada uno de su parte ó mital; confesando en el período de prueba Doña María la certeza del hecho de la continuación en estado familiar por ella, sus hijos y su hermano el D. Manuel con el comercio conocido con el nombre expresado; afirmando también la certeza de la división de los fondos, dicho día 27 de Diciembre de 1880, ocho testigos; y el Juzgado dictó, en 23 de Junio de 1883, sentencia, por la cual desestimó las tachas puestas á los testigos, y estimó las alegaciones del D. Manuel, absolviéndole de la demanda, sentencia de que apeló la Doña María; pero fallecida ésta poco después, sus hijos y herederos se personaron en la Audiencia, pidiendo se

les tuviera por desistidos del recurso, lo que se acordó por auto de 30 de Marzo de 1884:

Resultando que en 22 de Abril de 1885, Doña Ambrosia, Doña Juana y Doña Magdalena Zaera y Fernández, asistidas las dos últimas de sus maridos D. Felipe Romero y D. Emeterio Guerra, otorgaron escritura de cesión y transacción, por la que transmitieron á su hermano D. Toribio Zaera cuantos derechos y acciones les correspondieran, como hijos y herederos de D. Francisco Zaera y Doña María de la O Fernández, en las nuevas operaciones de testamentaría que deberían practicarse con ocasión de la ejecutoria dictada en los autos sobre nulidad de la escritura de división de bienes de 14 de Marzo de 1874; y para que prosiguiera el pleito propuesto por Doña María de la O contra su hermano D. Manuel, sobre rendición de cuentas, constituyéndose el D. Toribio responsable de la eficacia, validez y subsistencia de las legítimas paternas y maternas de los cedentes:

Resultando que luego que los hijos de Doña Concepción Méndez obtuvieron la declaración de nulidad de la escritura de préstamo de 23 de Enero de 1868, en cuanto á la participación en ella de su citada madre, según ya queda expresado, dedujeron contra varios de los compradores de los bienes subastados en el juicio ejecutivo, instado con dicha escritura, seis demandas reivindicatorias, una de ellas de menor cuantía, en las que los demandados citaron de eviccion y saneamiento á los hijos de D. Francisco Zaera; y recaída en los autos seguidos á virtud de la de menor cuantía dirigida contra D. León Fernández, sentencia firme, condenando á éste á dejar la finca subastada á disposición de los demandantes, con reserva de la acción de evicción y saneamiento, ejercitó ésta el D. León contra Doña Filomena Flores Alonso, viuda de D. Toribio Zaera, en representación de sus hijos menores Leonor, Francisco y Paulino, y contra Doña Ambrosia Zaera y Fernández en concepto de curadora ejemplar de su hermano Don Demetrio, recayendo en 14 de Julio de 1888, sentencia del Juzgado, en que se condenó á dichas Doña Filomena y Doña Ambrosia, en las expresadas representaciones á pagar al D. León 730 pesetas 50 céntimos, importe del precio de la tierra por éste adquirida en la referida ejecución y de los perjuicios sufridos, con más los intereses legales desde la contestación á la demanda, cuya sentencia estaba pendiente de apelación al incoarse los presentes autos, y fué confirmada luego, según se indicará más adelante; y en cuanto á las otras cinco demandas reivindicatorias, se tramitaron, acumuladas en juicio de mayor cuantía, hallándose al promoverse el actual pleito dictada sentencia de primera instancia, estimando aquéllas con la misma reserva de la acción de evicción; la que también se confirma después de entablado el presente juicio:

Resultando que dichas Doña Filomena y Doña Ambrosia, en las referidas representaciones, formularon el 23 de Octubre del mencionado año 1888 en el Juzgado de primera instancia de Medina del Campo la demanda de que hoy se trata contra D. Hermenegildo Fernández Miranda, como heredero de su hermano D. Sebastián, que á su vez lo había sido de su tío D. Manuel Fernández Montealegre, solicitando que se declarara que éste, y en su representación el D. Hermenegildo, venía obligado á entregar á las demandantes, en el concepto en que interponían la demanda, la cantidad de 144.374 reales 63 céntimos, con los intereses de 6 por 100 anual desde aquella fecha y las costas, haciendo mérito, como antecedentes de la escritura de 23 de Enero del 68, de los autos ejecutivos seguidos para hacer efectivo el importe de aquélla, de los sustanciados sobre nulidad de la propia escritura y de los relativos á las demandas contra los compradores de bienes en el indicado juicio ejecutivo y á la de D. León Fernández, ejercitando la acción de evicción y saneamiento, de todo lo cual queda he-

cha indicación, y exponiendo, además: que D. Manuel Fernández Montealegre no entregó la cantidad mencionada de 144.374 reales 63 céntimos recibida, en virtud del juicio ejecutivo, consecuencia de la escritura de 1868 por cuenta del caudal de D. Francisco Zaera que representaba, á cuyos herederos se les reclamaba la devolución de una parte de ella por D. León Fernández en juicio ya sentenciado á su favor en el Juzgado, estando amenazados de la confirmación por la Audiencia de este fallo; y de que todos los demás compradores de bienes, demandados por los herederos de Doña Concepción Méndez, le exigieran las cantidades que como precio de sus adquisiciones consignaron; y que, de todos modos, sobrevinieran ó no tales reclamaciones, era evidente que al caudal de D. Francisco Zaera pertenecían las importantes sumas por ese concepto ingresadas en poder del D. Manuel Fernández Montealegre, á cuya devolución estaba obligado quien actualmente le representaba; y como fundamentos de derecho citaron las leyes 5.ª y 11, tít. 6.º, Partida 6.ª, y 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª:

Resultando que D. Hermenegildo Fernández Miranda impugnó la demanda, pidiendo se le absolviera de ella y se condenara á las demandantes á perpetuo silencio y al pago de las costas, reservándole todos los derechos que pudieran corresponderle para deducirlos en su día contra quien procediera, alegando al efecto, además de mencionar el poder de 1857, las operaciones de partición de los bienes relictos al fallecimiento de D. Francisco Zaera, y el pleito entre D. Manuel y Doña María Fernández, que ya lo han sido con anterioridad; que en la escritura de préstamo de 23 de Enero de 1868 existía la contradicción de decirse que los esposos Sanz y Méndez recibieron los 8.000 escudos de D. Francisco Zaera, y también que esta cantidad era resultado de liquidación del pago de letras, lo cual era lo verídico, habiendo sido esas letras giradas á cargo de D. Miguel Sanz y endosadas á favor de la viuda de Montealegre é hijo, y como de esta Sociedad ejerció todos los actos D. Francisco Zaera, lo hecho en este extremo, como en los restantes, lo fué por cuenta pura y exclusivamente de la misma Sociedad, confirmándolo el haber comparecido en los autos ejecutivos Doña María de la O Fernández por su propio derecho y como albacea del D. Francisco, no explicándose que pidiera en el primer concepto si lo que reclamaba pertenecía solamente á un tercero, y si por defunción de éste se la hubiera adjudicado el crédito, en todo ó en parte holgaba lo del albaceazgo; que las cantidades percibidas en razon de los autos ejecutivos lo fueron por D. Manuel y Doña María, según consignaban los recibos, confirmándose así más la comunidad en que vivían; que como apoderado que era el D. Francisco de la precitada Sociedad familiar, por la escritura de 14 de Septiembre de 1857, las cantidades reclamadas no eran privativas suyas ni hubo razón para que ingresaran en su peculio, por cuyo concepto, de mutuo acuerdo de D. Manuel y Doña María, quedaron en la casa comercio en donde ambos vivían, separadas de los restantes fondos sociales, con objeto de practicar en su día la debida liquidación entre sus copartícipes, lo cual no se hizo entonces por haberse interpuesto en el mismo año de su percibo la demanda de nulidad de la escritura de préstamo y haber resuelto los demandados esperar el resultado de ese litigio; que hasta el momento, á los herederos D. Francisco Zaera no les habían reclamado lo que pedían, pues sólo les había demandado D. León Fernández la devolución de los 2.010 reales, ni los bienes vendidos en el juicio ejecutivo eran todos de Doña Concepción Méndez, ni á todos los compradores de ellos les habían puesto pleito los hijos de ésta; que promovido el pleito de menor cuantía por los hijos de Doña Concepción Méndez contra D. León Fernández, y habiendo citado éste de evicción á los herederos de D. Francisco Zaera, se verificó una reunión en casa de

Doña Filomena Flores, en que se convino seguir el litigio, saliendo responsables á los gastos por terceras partes las sucesiones de los tres hermanos D. Manuel, Doña María de la O y D. Alejandro Fernández; que también demostraban la comunidad familiar en que vivieron, primero D. Francisco Zaera, como marido de Doña María, D. Manuel y D. Alejandro, y más tarde por muerte de este último y del D. Francisco, la Doña María y el D. Manuel, y la distribución de fondos sociales por cada una de sus respectivas situaciones, los escritos y demás actuaciones del pleito seguido por Doña María contra D. Manuel sobre rendición de cuentas; que en las operaciones divisorias del caudal de D. Francisco Zaera no se había adjudicado á ningún acreedor de aquél ni á su viuda lo que ahora se reclamaba, y únicamente se consignaba lo que aparecía del núm. 1092 del inventario y de los supuestos 5.º y 6.º, que al cesar en sus negociaciones comerciales D. Manuel y Doña María, y ser continuador de ellas el hijo de ésta D. Toribio, á él le hizo entrega D. Manuel de las cantidades percibidas por razón del juicio ejecutivo al efecto de que fueran divididas el día que acordaran sus dueños, haciéndose formal cargo de ellas el D. Toribio, que aun no las había devuelto, por lo cual sus herederos son deudores de esas sumas, en vez de ser acreedores, y por ello el demandado pedía la reserva de su derecho, é invocó, entre otras, las leyes 20 y 22, tít. 12; 3.ª, 6.ª, 10 y 11, tít. 10, Partida 5.ª; 3.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 5.ª, tít. 3.º, Partida 5.ª:

Resultando que la parte actora al replicar adicionó á los hechos de la demanda que se habían fallado por la Audiencia los cinco pleitos acumulados que los hijos de Doña Concepción Méndez seguían contra los compradores de bienes en el juicio ejecutivo, siendo confirmada la sentencia del Juzgado que condenaba á los demandados en aquéllos, abandonar dichos bienes á los demandantes y les reservaba el derecho de repetir por evicción y saneamiento contra quien correspondiera, que también había recaído sentencia de la Audiencia en el pleito promovido por D. León Fernández, siendo dicho fallo confirmatorio del que condenaba á los demandantes en el presente á pagarle lo pedido, habiéndolo ya satisfecho; y el demandado también adicionó en dúplica el contenido de la escritura al principio relacionada de 20 de Mayo de 1867, y la cita de las leyes 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; y 11, tít. 14, Partida 3.ª, y la jurisprudencia conforme con ambas:

Resultando que abierto el período de pruebas, entre las practicadas por las partes, que la realizaron testifical y documental, se pusieron á instancia de la actora testimonios de las sentencias á que se refirió en la réplica; y evacuado el traslado de conclusión por dicha parte actora antes de hacerlo el demandado, pidió éste y se acordó traer á los autos copia de un acta notarial, levantada en 24 de Mayo de 1889, para hacer constar la entrega de 15.000 pesetas hecha por D. Antonio Barrio, como apoderado especial de D. Isidoro y Doña Regina Sanz y Méndez, á Doña Filomena Flores y Doña Ambrosia Zaera en la representación respectivamente de sus hijos y de su hermano D. Demetrio, con la cual entrega se daban por pagadas del préstamo otorgado por D. Miguel Sanz y Doña Concepción Méndez á favor de D. Francisco Zaera, por la escritura de 23 de Enero de 1868, habiendo precedido á este acta autorización judicial concedida á las Doña Filomena y Doña Ambrosia por auto del Juzgado de 9 del mismo mes:

Resultando que continuado el pleito en dos instancias el 31 de Marzo del año último, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid dictó sentencia revocatoria, condenando á D. Hermenegildo Fernández Miranda á satisfacer en término de diez días á Doña Filomena Flores Alonso, como madre y representante legal de los menores Leonor, Francisco y Paulino Zaera, y á Doña Ambrosia Zaera, como curadora ejemplar de su hermano

D. Demetrio, y en la proporción que les corresponde, la cantidad de 144.374 reales 73 céntimos, equivalentes á 36.093 pesetas 68 céntimos que les es en deber como causahabiente de D. Manuel Fernández Montealegre, con el interés legal del 6 por 100 desde la contestación á la demanda, sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Hermenegildo Fernández Miranda ha interpuesto recurso de casación, invocando los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, exponiendo los siguientes motivos:

1.º La infracción de las leyes 3.ª, 4.ª, 6.ª y 7.ª, tít. 10, Partida 5.ª, que regulan las obligaciones y derechos de los individuos que forman parte de una Sociedad, en el concepto de que, á pesar de reconocerse por la Sala sentenciadora la existencia de la Sociedad familiar Viuda de Montealegre é Hijo, de la que formaron parte los causantes de los interesados en el litigio, no se habían aplicado las leyes citadas, como debió hacerse al caso presente:

2.º La infracción también de las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 14, Partida 3.ª, que consagran en nuestro derecho los principios *onus probandi incumbit actori e is incumbit probatio, qui dicit non qui negat,* en el sentido de que la sentencia recurrida impone al demandado la obligación de probar que su causante hizo entrega de las cantidades referentes al crédito objeto de la escritura de 3 de Enero de 1868, siendo así que al demandante, con arreglo á las leyes y doctrina citadas, es á quien correspondía probar semejante hecho:

3.º Haberse infringido igualmente la ley 20, tít. 12, Partida 5.ª, al no reconocerse por el fallo recurrido que, con arreglo á lo prevenido en esta ley, el poder que mutuamente otorgaron los socios de la Sociedad Viuda de Montealegre é Hijo obligaba á todos ellos á estar y pasar por lo hecho por uno sólo, y, por lo tanto, la escritura antes referida, que fué otorgada por D. Francisco Zaera, como gerente de la Sociedad, comprometía y obligaba á todos los socios, toda vez que es doctrina legal sancionada por constante jurisprudencia que el mandatario, gerente de una Sociedad, no se obliga personalmente en los contratos que celebra, sino que obliga al mandante ó á la Sociedad en cuya representación contrata:

Y 4.º Los errores de hecho cometidos en la apreciación de la prueba, que patentizan de modo claro y terminante la evidente equivocación de la Sala sentenciadora al considerar que el crédito reconocido en la escritura de 3 de Enero de 1868 pertenecía exclusivamente á D. Francisco Zaera, y que D. Manuel Fernández Montealegre no hizo entrega de cantidades recibidas en virtud de los autos ejecutivos promovidos para su realización, siendo los documentos que lo demuestran: la escritura de 3 de Enero de 1868, en cuyas cláusulas se consigna que el crédito de 80.000 reales era procedente de una liquidación de varias letras giradas contra D. Miguel Sanz, y satisfechas por D. Francisco Zaera, como socio de la casa Viuda de Montealegre é Hijo; el poder otorgado en 14 de Septiembre de 1857 entre los socios de la indicada casa comercial; las operaciones divisorias practicadas al fallecimiento de D. Francisco Zaera, en cuyo supuesto sexto se hace constar que el crédito de 80.000 reales que en escritura de 3 de Enero de 1868 confesó era en deber á Zaera D. Miguel Sanz, pertenecía á la sociedad familiar constituída por Doña María de la O Fernández, su esposo el D. Francisco Zaera y los hermanos de aquélla, Don Manuel y D. Ambrosio, peticiones que obtuvieron la aprobación judicial y fueron debidamente protocolizadas; y el acto auténtico admitido por los mismos demandantes, de haber sido disuelta por dos veces la Sociedad familiar y distribuídos sus fondos, separándose la primera vez de la misma el causante del recurrente D. Manuel Fernández Montealegre; siendo Don Toribio Zaera, que lo es de los derechos de los demandantes, el continua-

dor de los negocios de la Sociedad hasta su completa disolución, sin que reclamara durante su vida el total del crédito tantas veces repetido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida no ha podido infringir las leyes del tít. 10, Partida 5.ª, invocadas en el primer motivo, al no aplicarlas á pesar de reconocer la existencia de la Sociedad Viuda de Montealegre é Hijo; la 3.ª, porque lo general de su concepto hace imposible su infracción; la 4.ª, porque se limita á señalar qué *pleitos son valederos que los compañeros ponen entre sí por razón de la ganancia,* cosa que no se discute en el pleito; la 6.ª, por referirse á la *Compañía que es fecha sobre todos los bienes,* concepto que no consta tuviese la de que se trata; y la 7.ª, porque no se litiga sobre la manera en que *deben ser partidas las ganancias é los menoscabos,* sino de si el crédito otorgado por los esposos Sanz en 23 de Enero de 1868 pertenece á la Sociedad ó es privativo de D. Francisco Zaera, y en todo caso de si D. Manuel Fernández ha reintegrado ó no lo que por él recibió en la ejecución seguida contra los deudores para su cobro á nombre de D. Francisco Zaera y que hoy tienen que devolver sus herederos por haberse anulado dicha ejecución:

Considerando que no infringe las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 14, Partida 3.ª, señaladas en el motivo 2.º, porque no releva á los demandantes, como se supone, del deber de probar, sino que por el contrario, empieza por estimar que han justificado con documentos auténticos el hecho señalado de haber percibido D. Manuel Fernández el importe del crédito contra los esposos Sanz, lo cual implica para el demandado, sucesor del Fernández, la obligación de probar la entrega ó devolución de lo recibido:

Considerando que tampoco infringe la ley 20, tít. 12, Partida 5.ª, que se invoca en el tercer motivo, porque el poder que mutuamente se otorgaron D. Manuel y D. Alejandro Fernández y D. Francisco Zaera, en 14 de Septiembre de 1857, no sólo se refería á los bienes, derechos y acciones de la Sociedad Viuda de Montealegre é Hijo, sino también á los privativos de los otorgantes, por lo cual y no haciéndose la más ligera indicación en la escritura de débito otorgada por los esposos Sanz á favor del Zaera, de que éste obrase en representación ni menos como Gerente de la Sociedad citada, no cabe deducir de dichos documentos lo que asegura el recurrente, contrariando abiertamente su contexto:

Y considerando que no incurre en los errores de hecho que se supone en el motivo 4.º al apreciar el poder de 1857, ni el crédito de 1868, por las razones expuestas en los considerandos que preceden, ni tampoco la escritura de división de los bienes quedados al fallecimiento de D. Francisco Zaera; porque, además de haber contradicho su contexto el mismo Don Manuel Fernández, gestionando y cobrando judicialmente el crédito de los esposos Sanz, en el solo nombre y como albacea del testador, consta que fué anulada la escritura de liquidación de la Sociedad, base necesaria de aquélla, entre otros motivos por el muy señalado de no haberse dado intervención á un menor, heredero del Zaera, ni, finalmente, al estimar los que se titulan actos auténticos, de haber continuado el D. Manuel con la viuda la repetida Sociedad, disolviéndola dos veces, así como el no haber reclamado durante la vida de D. Toribio el importe del crédito de que se trata, porque ninguno de ellos produce la demostración necesaria de que dicho importe se ha dividido ni menos reintegrado á los herederos de Zaera, sobre todo después de haberse reconocido en los escritos de contestación y dúplica por los sucesores del D. Manuel que éste conservó la suma recibida, sin haber justificado por otros medios, á juicio de la Sala sentenciadora, su entrega á aquéllos, y de constar por referencia al pleito de nulidad que D. Francisco Zaera durante su vida había adquirido é inscrito bienes con independencia de la Sociedad misma;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Hermenegildo Fernández y Miranda, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 31 de Marzo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Mayo del mismo año.)

96

RECURSO DE CASACIÓN (31 de Marzo de 1891).—Sala tercera.—*Declaración de derechos dominicales.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, en pleito con Doña Juana Ruiz de Arana (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que según el párrafo segundo del art. 944 de la ley de Enjuiciamiento civil, contra el fallo en ejecución de sentencia no se da recurso alguno.

Resultando que seguido pleito por Doña Juana Ruiz de Arana y Saavedra, viuda de D. Juan Nepomuceno Jordán de Urries, en calidad de tutora y curadora de su hijo D. Juan Nepomuceno, Marqués de Ayerbe, y que continuó éste por sí llegado á la mayor edad con el Ayuntamiento de la ciudad de Barcelona, sobre declaración de derechos dominicales de ciertos terrenos y abono de daños y perjuicios ocasionados con motivo de su ocupación, dictó sentencia en 1.º de Abril de 1886 la Sala primera de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad, declarando que el Ayuntamiento de la misma, como cesionario del Estado y poseedor de parte de los terrenos que formaban la antigua rodalía de Corbera debían reconocer que correspondían á D. Juan Nepomuceno Jordán de Urries y Ruiz de Arana, Marqués de Ayerbe, los derechos dominicales consignados en la escritura de 3 de Mayo de 1571, tal como los tenían sus causahabientes cuando fueron ocupados dichos terrenos por orden del Rey D. Felipe V; que en su consecuencia, y por virtud de lo dispuesto en la ley de 18 de Diciembre de 1869, debía indemnizar á dicho Marqués, satisfaciendo por importe de daños y perjuicios las cantidades que resultasen de la liquidación que se habría de hacer el día en que se pidiera el pago con arreglo á las bases fijadas en el último considerando de aquella sentencia, ó sean: primera, capitalizando de la manera que hoy se acostumbra, las pensiones de los censos; segunda, haciendo igual operación respecto de las otras prestaciones correspondientes al dominio directo ó mediano, especialmente la del laudemio; y tercera, computando un interés que sea equivalente á los frutos que hubiesen podido producir las cosas capitalizadas desde el día en que ocurrió la privación de los citados derechos dominicales hasta el día en que se verifique el pago de la indemnización:

Resultando que interpuesto contra esta sentencia recurso de casación, la Sala primera de este Supremo Tribunal, en 29 de Abril de 1887, la casó y anuló únicamente en cuanto se condenaba al Ayuntamiento al abono de un interés que fuera equivalente á los frutos que hubieran podido producir las cosas capitalizadas desde el día que ocurrió la privación de los citados derechos dominicales, hasta el en que se verificase el pago de la indemnización, declarando que lo que el Ayuntamiento estaba obligado á abonar al Marqués por la sentencia recurrida, como importe de daños y perjuicios por los derechos dominicales que en la misma se le reconocían, se entendia solamente por los conceptos expresados en las dos primeras bases que se fijaban en dicha sentencia, ó sea capitalizando de la manera que hoy se acostumbra las pensiones de los censos, y haciendo igual ope-

ración respecto de todas las otras prestaciones correspondientes al dominio directo ó mediano, especialmente las del laudemio:

Resultando que en ejecución de esta sentencia, el Marqués de Ayerbe presentó una liquidación de los daños y perjuicios para que el Ayuntamiento pagase el importe á que ascendía; que acordado en providencia de 27 de Octubre de 1888 que se entregara á éste copia de la misma para que en el término de seis días contestase lo que tuviera por conveniente, solicitó se dejase sin efecto dicha providencia, y se mandase que el Marqués pidiera lo conveniente para el cumplimiento de la sentencia en lo relativo al reconocimiento de derechos que debía hacer el mismo Ayuntamiento, promoviendo incidente de nulidad de dicha providencia y trámites posteriores; y que denegada por auto de 15 de Noviembre de 1888 la reposición, interpuso el Ayuntamiento apelación, que le fué admitida en un solo efecto:

Resultando que en 17 de dicho mes de Noviembre, sin perjuicio del expresado recurso y con reserva de todos los demás, y especialmente el de nulidad, se opuso el Ayuntamiento á todas y á cada una de las partidas de la liquidación de los daños y perjuicios, y no reconociendo ninguno de los documentos y planos que se acompañaron á ella:

Resultando que en 19 del propio mes, el Ayuntamiento promovió incidente para que se declarase la nulidad de la providencia de 27 de Octubre y actuaciones posteriores, ordenando al Marqués que usara de su derecho para el cumplimiento de la ejecutoria á que se refería la primera condena, pretensión que fué rechazada de plano en providencia del día 20, siendo negada en auto del 29 la reposición que se solicitó; y admitida después en un efecto la apelación que se interpuso:

Resultando que en 30 del referido mes promovió el Ayuntamiento otro incidente para que se declarase que no procedía entrar en la liquidación de la indemnización hasta después de reconocidos los derechos correspondientes al Marqués, á lo que se declaró no haber lugar en providencia de 3 de Diciembre; y que pedida reposición por el Ayuntamiento, fué denegada en auto del 18 de que interpuso apelación, que fué igualmente admitida en un solo efecto:

Resultando que en 14 de Julio de 1889, el Ayuntamiento promovió incidente con carácter de previo y especial pronunciamiento, pidiendo la determinación de cuáles de entre los varios libros de confesiones presentados por el Marqués de Ayerbe, debían correr unidos á los autos y cuáles debían ser excluídos de ellos; que sustanciados con suspensión de las diligencias de ejecución dictó sentencia el Juez en 17 de Julio de 1889, haciendo las declaraciones correspondientes y que interpuesta de ella apelación por el Ayuntamiento, fué admitido el recurso en un solo efecto:

Resultando que tramitado el incidente de ejecución de la ejecutoria, lo resolvió el Juez por auto de 4 de Septiembre de dicho año 1889, de que también apeló el Ayuntamiento, siéndole admitida la apelación en un efecto, mandando remitir los autos originales á la Superioridad, y que quedase testimonio en el Juzgado para la ejecución de dicho auto:

Resultando que comparecidas las partes en la Audiencia de Barcelona, y decretada la acumulación de todas las apelaciones pendientes para que se terminaran en su día por una sola sentencia, y sustanciada la segunda instancia en la que el Ayuntamiento presentó varios documentos, cuya admisión se reservó para definitiva, dictó sentencia la Sala primera de lo civil en 27 de Octubre de 1890, confirmando con las costas las apelaciones acumuladas de que se ha hecho referencia, declarando cuáles eran los documentos admisibles de los presentados en aquella instancia por el Ayuntamiento, y asimismo que no era preciso el reconocimiento previo por parte de éste de los derechos dominicales reconocidos en la sentencia ejecutoria al Marqués de Ayerbe, porque el fallo contenía tal reconocimiento

y la condena era simplemente de indemnización, y fijando la cantidad que el Ayuntamiento, como cesionario del Estado y poseedor de parte de los terrenos que formaban la antigua rodalía de Corbera, debía satisfacer á D. Juan Nepomuceno Jordán de Urries y Ruiz de Arana, Marqués de Ayerbe, por los daños y perjuicios causados con la ocupación de dichos terrenos para la construcción de la ciudadela, en 2.951.422 pesetas 87 céntimos, en cuyos términos se confirmaba el auto apelado de 4 de Septiembre de 1889:

Resultando que el Ayuntamiento de Barcelona ha interpuesto contra esta sentencia recurso de casación por infracción de ley, fundado en nueve conceptos ó motivos, dirigido el primero á las resoluciones relativas al reconocimiento previo por parte del Ayuntamiento de los derechos dominicales reconocidos en la sentencia ejecutoria al Marqués de Ayerbe, y los ocho restantes á la forma en que se había verificado la capitalización de los censos, cálculos hechos para el laudemio, errores cometidos en la admisión de algunas partidas de la liquidación y apreciación equivocada de la prueba pericial.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando, en orden al primer motivo de casación, que los autos confirmados por la sentencia recurrida de 27 de Octubre último recayeron en incidentes promovidos por la representación del Ayuntamiento de Barcelona, principalmente sobre el procedimiento que debía seguirse para el cumplimiento de la ejecutoria del pleito del Marqués de Ayerbe con la expresada Corporación municipal, atendidas las declaraciones en ellas contenidas, y por dichos autos no se proveyó en contra de lo ejecutoriado, pues tratándose, conforme á las sentencias de segunda instancia, y de casación del indicado pleito, en realidad de indemnización de daños y perjuicios por los derechos dominicales reconocidos en dicha sentencia de segunda instancia al Marqués de Ayerbe, se dirigieron las actuaciones á determinar tal indemnización en la forma ó por los trámites marcados en los artículos 928 y 937 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, no procediendo por tanto la admisión del recurso por el expresado motivo:

Considerando, en orden á los ocho restantes, que, combatiéndose como en todos ellos se combate la liquidación hecha por la Sala en la sentencia recurrida, al tenor de las bases establecidas en la ejecutoria de las cantidades que por daños y perjuicios debe abonar el expresado Ayuntamiento al Marqués de Ayerbe, se evidencia que tampoco es admisible por estos motivos el recurso, pues, según el párrafo segundo del art. 944 de dicha ley de Enjuiciamiento civil, contra el fallo de la Audiencia en ejecución de sentencias como la de que se trata, no se da recurso alguno:

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de aquella ciudad la certificación correspondiente con devolución de los apuntamientos que ha remitido; y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 31 de Marzo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 21 de Abril del mismo año.)

97

RECURSO DE CASACIÓN (1.° de Abril de 1891).—Sala primera.—*Rendición de cuentas y división de bienes.*—No ha lugar al interpuesto por Don Angel Valerio y otros, en pleito con D. Fernando Vales (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que no infringe la ley 114, tít. 118, Partida 3.ª, la sentencia que no des-

conoce en las escrituras públicas producidas en el pleito todo el valor que á las de su clase atribuye aquella ley:

Que la casación no se da contra los razonamientos y citas legales de la sentencia, sino contra la parte dispositiva de la misma:

Que al demandante incumbe probar su sucesión de la persona á cuyo favor aparece el título en que funda su acción, y además que el demandado posee la cosa que le reclama, y que cuando no lo cumple debe ser absuelto el demandado sin necesidad de que éste oponga excepción alguna:

Que esta falta de prueba del actor justifica la absolución de la demanda, con arreglo al principio de que el Juez debe ceñirse á lo alegado y probado, y entendiéndolo así no infringe la Sala sentenciadora el principio de derecho de que el dueño de una cosa no puede ser privado de ella sino por su voluntad ó mediante sentencia judicial.

En la villa y corte de Madrid, á 1.º de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de la Coruña y en la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, por D. Angel García Valerio, propietario, vecino de San Salvador de Serantes; D. Angel García y García, Teniente Coronel de Artillería de la Armada, y por su defunción su viuda Doña María Araceli García y Galero, vecina de esta corte, por sí y en representación de su hijo menor D. Ramón García y García, Doña Vicenta Díaz y Díaz, vecina de la Coruña, por su propio derecho, y en representación de sus hijos menores D. Nazario y Doña Victoria García Díaz, y Doña Angela García Díaz, vecina también de la Coruña, con D. Fernando Vales Díaz, propietario, vecino de la Coruña, y por su fallecimiento, su hija y heredera Doña Consuelo Vales Rodríguez, consorte de D. Luis Herce, Comandante graduado, Capitán de Artillería, vecinos de la Coruña; D. Salvador Montoto Varela, propietario, vecino de San Julián de Vigo, en concepto de curador de su sobrina Doña María de los Angeles Vales y Montoto, y Doña Visitación Montoto Varela, propietaria, vecina de la Coruña, por sí y en representación de sus hijos menores Doña Socorro y D. José Vales Montoto, sobre rendición de cuentas y división de bienes, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandantes, y en su defensa y representación el Letrado Don Mariano Santos Pineda y el Procurador D- José María Cordón, habiéndolo estado los recurridos por el Licenciado D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez:

Resultando que, por escritura pública otorgada en la Coruña en 11 de Enero de 1798, D. Joaquín Santamarina, como apoderado de su madre Doña Josefa de Porto, vendió, á favor de D. Angel García Fernández y Compañía, vecino y del comercio del Ferrol, que compró con dinero propio de dicha Compañía para agregar á la fábrica de mantelería de D. Juan Antonio Marco, existente en aquella plaza, un almacén grande que se halla junto á la puerta principal del cuartel de Artillería, señalado con el número 3; una huerta con su pozo, caseta, portal y murallas que le corresponden, sembradura dicha huerta, tres forrados y una tercera parte de otro, más toda la parte y quiñón que de monte mayor corresponde á la citada Doña Josefa de Porto, en mixtión con D. Juan Antonio Marco y D. Esteban de Vales, como heredero de D. Fernando de Mata, por haberla adquirido de los causantes de la madre del otorgante en otro almacén dentro del corralón ó patio del horno antiguo, ranchos y más piezas que comprende la tasa y regulación que han hecho de conformidad de los otorgantes los dos peritos maestros de obras que se citaban en 6 de Noviembre de 1797 que se insertaba en la escritura, habiendo consistido el precio de la venta en 70.000 reales:

Resultando que á petición de D. Angel García Fernández y Compañía,

ordenó el Corregidor de la Coruña, por auto de 19 de Diciembre de aquel mismo año, que se diera posesión á dicha parte de los bienes adquiridos por la anterior escritura con citación de las á quien tocase, lo cual se llevó á efecto en 11 de Enero del siguiente año; y habiendo formulado oposición D. Esteban Vales, se siguió pleito en el que se dictó sentencia en 20 de Marzo de 1800, desestimando las pretensiones de D. Esteban, declarando firme y subsistente la escritura de venta referida aprobando, confirmando y ratificando la posesión dada á D. Angel García Fernández y Compañía de la huerta y almacenes que comprendía aquella escritura, y mandando que el D. Esteban Vales pagase al D. Angel la renta que le había reclamado con la últimamente vencida; dejándoles su derecho á salvo para que en orden á la partija que debía hacerse de la propiedad y edificios que antes ocupó la provisión de víveres, usasen de él como viesen convenirles:

Resultando que en las mismas actuaciones dedujo después D. Angel García Fernández la petición de que Vales rindiera cuentas como llevador de los bienes proindivisos, y habiendo impugnado las que Vales presentó, surgió nuevo incidente en el que recayó sentencia, que fué declarada firme por auto de 5 de Enero de 1807, resolviendo que estaban mal formadas las cuentas dadas por Vales del producto y rentas de los edificios que poseía en comunión con D. Angel García y D. Juan Marco y mandando que se formaran y liquidaran de nuevo por peritos, ateniéndose éstos á las demás declaraciones que se hacían, y por auto de 21 de Febrero del mismo año se ordenó á D. Esteban Vales que, en conformidad á la liquidación hecha por los peritos contra la que nada se había deducido, pagara á D. Angel García los 6.447 reales y 16 maravedises en que había resultado alcanzado; como también los 433 reales y 20 maravedises que pertenecían á D. Juan Marco; habiendo rendido después Vales otra cuenta correspondiente á los años de 1804 á 1810 inclusive, de la que resultaron otros alcances á favor de D. Angel García y de D. Juan Marco; y apareciendo, por último, de dichas diligencias, que Vales entregó cantidades á un D. Toribio Gallegos:

Resultando que D. Angel García Fernández tuvo de su matrimonio con Doña María Josefa Fontao una sola hija llamada Doña Dolores, que casó con D. José García Fernández, quienes procrearon seis hijos llamados Don Angel, D. Andrés, D. José, D. Nicasio, Doña Salomé y Doña Victoria García y García, de los cuales el D. José casó con Doña Isabel Valerio y tuvo tres hijos llamados Isabel, Carmen y Angel García Valerio, y el D. Nicasio con Doña Vicenta Díaz, de la que tuvo cuatro hijos llamados Nazario, Angela, Victoria y Arsenio García Díaz, de todos los cuales son demandantes en este pleito, representando por título hereditario los derechos de D. Angel García Fernández, D. Angel García y García y D. Angel García Valerio, Doña Vicenta Díaz, viuda de D. Nicasio García y García, por sí y en representación de sus hijos menores de edad D. Nazario y Doña Victoria y Doña Angela García Díaz:

Resultando que, partiendo de los hechos expuestos, entablaron los susodichos demandantes en el Juzgado de primera instancia de la Coruña en 31 de Diciembre de 1887 la demanda de este pleito contra D. Fernando Vales Díaz y Doña Visitación Montoto Varela, por sí y en representación de sus hijos menores que le habían quedado de su matrimonio con Don José Vales Díaz en el concepto de causahabientes de D. Esteban Vales, con la solicitud de que se condenara en definitiva á dichos demandados á rendir cuenta de los productos de los bienes mencionados en la escritura de 1798 que poseían proindiviso y en los cuales eran copartícipes los demandantes como causahabientes de D. Angel García Fernández y á entregarles el saldo correspondiente, cuyas cuentas de productos y utilidades, á partir del año 1811 inclusive, se formulara con arreglo á derecho, reservándose la impugnación consiguiente caso de merecerla; condenándoles,

además; á consentir la división de dichos bienes poseídos proindiviso:

Resultando que los demandados impugnaron la demanda alegando entre otras consideraciones, para que se les absolviera de ella con imposición de costas á los demandantes: que hacía más de setenta años que por sí y sus causantes venían poseyendo como dueños privativos por su propio y exclusivo derecho todas las fincas que tenían en aquella ciudad, inclusas las denominadas Cuarteles del tren de Artillería, ignorando, por oscuridad de la demanda, si ésta se refería á dichos edificios; que dichas fincas del tren, situadas en el Campo de la Princesa, ó de Artillería, fueron adjudicadas en su mitad mixta con la otra mitad de D. Fernando y D. Francisco Vales á D. José Vales Sanjurjo en escritura de partición de los bienes fincables de D. Juan Vales Varela y su mujer Doña Vicenta Vales Sanjurjo, otorgada en 10 de Octubre de 1864 ante el Notario de aquella ciudad Don Salvador Pérez; que por otra escritura otorgada en Betanzos, en 11 de Julio de 1869, el D. Francisco Vales dió en permuta al D. Fernando la cuarta parte de que era dueño en los expresados edificios, quedando así propietario el demandado D. Fernando de la mitad íntegra, según constaba de la certificación expedida por el Registrador de la propiedad del partido que acompañaba, habiéndose además verificado por sorteo, entre el demandado D. Fernando Vales y los hijos menores de D. José Vales y Doña Visitación Montoto, también demandados, la separación y adjudicación de dichas dos mitades en el año de 1876 ante el Juez de primera instancia de Betanzos; que, además de lo expuesto, hacían notar que en cierto expediente instruído por la Diputación de la provincia existían dos escrituras de 27 de Diciembre de 1869 y 31 del mismo mes del año 1880, en que los demandantes, al vender los edificios y terrenos destinados á Hospicio provincial, hacían declaraciones incompatibles con la demanda deducida y que otro tanto resultaba de la escritura de venta otorgada por los mismos ó por alguno de ellos á favor de D. Antonio Cuéllar en 10 de Marzo de 1870, y de otra otorgada por Cuéllar á favor de Chao en 16 de Julio de 1875:

Resultando que renunciado el trámite de réplica se recibió el pleito á prueba, cuyo trámite utilizaron ambas partes suministrando diferentes justificaciones, entre las que figuran las escrituras citadas en el escrito de contestación, constando en la de 27 de Diciembre de 1869 que Doña Salomé y D. Angel García Fernández vendieron á la Condesa de Mina la mitad proindiviso con los hijos y herederos de sus hermanos de un edificio de grande extensión que antiguamente había sido fábrica de mantelería y tenía una puerta á la calle llamada del Trén que antes formaba parte del Campo de Artillería; en la de 31 de Diciembre de 1880 que la Diputación provincial adquirió la otra mitad del edificio enajenada por la anterior escritura de Doña Vicenta Díaz y sus hijos, y de D. Angel y Doña Isabel García Valerio, y en la de 10 de Marzo de 1870 que D. Andrés García y García vendió á D. José Chao y á D. Ambrosio Cuéllar un almacén, sito en la calle del Hospital, de la Coruña:

Resultando que en 21 de Abril de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña sentencia confirmatoria absolviendo de la demanda á los demandados D. Fernando Vales Díaz, Doña Visitación Montoto Varela y Doña María de los Angeles Vales y Montoto, sin hacer especial condenación de costas de la primera instancia é imponiendo las de segunda á los apelantes:

Resultando que D. Angel García Valerio, Doña Araceli García y Galeazo, Doña Vicenta Díaz y Díaz, por sí y en nombre de sus hijos menores D. Nazario y Doña Victoria García Díaz y Doña Angela García Díaz, interpusieron recurso de casación con el depósito de 1.000 pesetas, considerándolo comprendido en los números 1.º y 7.º de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º Por infracción de ley, art. 114, tít. 8.º de la Partida 3.ª, que determina el valor legal que tienen en juicio las cartas y escrituras que en el mismo se presentan y da fuerza decisiva á las que siendo auténticas prueban los hechos objeto del litigio, pero no prueban ni justifican más que lo que las mismas expresan en el concepto de que la Sala sentenciadora estima que las escrituras y documentos fehacientes presentados en los autos no prueban los hechos de la demanda, apareciendo de ahí, no sólo el error de derecho, dejando de dar á tales documentos el valor legal que les corresponde, sino también en evidente error de hecho resultante de esos mismos fehacientes documentos al afirmar hechos que no resultan de los mismos tal como se expresan:

2.º Que por consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que la Sala sentenciadora ha incurrido, resulta infringido el art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil, en sus números 2.º y 6.º, por cuanto si bien éstos establecen como excepciones dilatorias la falta de personalidad en el demandante y el efecto legal en el modo de proponer la demanda, excepciones estimadas por la Sala sentenciadora, esas excepciones ni resulta de autos que hayan sido alegadas por los demandados ni aun cuando lo hubieran sido resultarían probadas, pues, por el contrario, aparece y es indiscutible que los demandantes tienen y han acreditado tener la personalidad que se atribuyen de causahabientes de D. Angel García Fernández, así como también es indiscutible que en la demanda se llenaron todos los requisitos exigidos por el art. 524 de la ley de Enjuiciamiento civil, y como uno de ellos el de expresar con toda claridad lo que se pedía, que era la rendición de cuentas de administración, con entrega de saldos, y la división de las fincas mencionadas en el hecho segundo de la demanda, siendo evidente que si no están probadas esas excepciones está fuera de toda duda el error de hecho en que ha incurrido la Sala sentenciadora:

3.º Como consecuencia también de los errores citados la infracción de la ley 1.ª, tít. 14, Partida 3.ª, que define lo que es prueba y á quien incumbe ésta, estableciendo que el demandado sea quito de la demanda, únicamente en aquello que no sea probada, no debiendo ser, por consiguiente, absuelto cuando la demanda se prueba:

4.º Que igualmente resultan infringidas la doctrina legal y jurisprudencia que disponen que los pleitos han de ser fallados según lo alegado y probado por las partes, toda vez que no apareciendo que los demandados alegasen excepciones dilatorias y aunque las hubieran alegando no estando probadas es evidente que la Sala sentenciadora no pudo legalmente ni debió estimarlas, mucho menos haciendo derivar de ellas la falta de acción en los demandantes y dictando por consecuencia de esto el fallo absolutorio de que se recurre;

Y 5.º El principio de derecho sancionado por la Constitución política vigente y por el derecho civil, según el que el dueño de una cosa ó el que está en posesión de ella no puede ser privado de la misma sino por su voluntad ó mediante sentencia dictada en juicio contradictorio, cuyo principio de derecho resulta infringido, en cuanto resultando de autos que las fincas de que se trata estaban poseídas en común ó proindiviso por Don Esteban Vales de quien traen causa los demandados por D. Angel García de quien son sucesores los demandantes, y por D. Juan Marco siendo administradas por el primero, es indudable que no apareciendo nada que demuestre que aquel estado de cosas se ha modificado, continúa para con los sucesores de aquellos poseedores.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la sentencia no desconoce en las escrituras públicas producidas en el pleito todo el valor probatorio que atribuye á las de su clase la ley 114, tít. 118, Partida 3.ª, ni aparece haber incurrido respecto

de ellas en el error de hecho que sin determinarlo alega el recurrente, pues precisamente aceptando los hechos que aquéllos certifican y fundadas en ellas absuelve de la demanda por las diversas razones de no haber justificado los demandantes con qué título hayan adquirido las fincas cuya propiedad y rentas reclaman y que en la escritura de 1798 aparecen haber sido compradas por su causante á nombre y con dinero de una razón social, de no haberse probado que los demandados posean tales fincas y de haberse demostrado que los sucesores de García Fernández han vendido á la Diputación de la Coruña y á varios particulares bienes de aquella procedencia, y que los que poseen los demandados en el sitio á que se refiere la demanda les corresponden en dominio exclusivo:

Considerando que el calificar de excepciones dilatorias, de falta de personalidad y de defecto legal en el modo de proponer la demanda á las que en realidad son falta de acción y falta de prueba, por no haber justificado los recurrentes sucesores de Angel García Fernández y Compañía, á cuyo favor está otorgado el título en que fundan su derecho, ni que los demandados posean las fincas reclamadas, fundamentos, entre otros, como queda dicho, del fallo, no puede ser causa de casación, porque ésta no se da contra los razonamientos y citas legales de las sentencias sino contra la parte dispositiva de las mismas, y en este caso tales fundamentos son esencialmente conformes á derecho y descansan en puebas cuya apreciación no se impugna con razón:

Considerando que al demandante incumbe probar su sucesión de la persona á cuyo favor aparece el título en que funda su acción, y además que el demandado posee la cosa que le reclama, y que cuando no lo cumple debe ser absuelto el demandado sin necesidad de que éste oponga excepción alguna:

Considerando que esta falta de prueba del actor, aun prescindiendo de las suministradas por el demandado que por otros conceptos sirven de fundamento á la sentencia, justifica la absolución de la demanda con arreglo al principio de que el Juez debe ceñirse á lo alegado y probado, y que con ello se demuestra que la sentencia no infringe el principio de derecho invocado en último lugar del recurso, del que el dueño de una cosa no puede ser privado de ella sino por su voluntad ó mediante sentencia judicial;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Angel García Valero, Doña Araceli García Galeazo, Doña Vicenta Díaz y Díaz, por sí y en representación de sus hijos menores D. Nazario y Doña Victoria García Díaz y Doña Angela García Díaz, á quienes condenamos en las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que han constituído, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 1.º de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Mayo del mismo año.)

98

RECURSO DE CASACIÓN (1.º de Abril de 1891).—Sala primera.—*Tercería de mejor derecho.*—No ha lugar al interpuesto por D. Esteban Ruiz en pleito con Doña María de la Purificación Pineda y otros (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que estimando una demanda de tercería de mejor derecho por razón de bienes dotales expresados en la correspondiente escritura, no se infringe la

ley 33, tít. 13, Partida 5.ª, si de aquéllos los muebles fueren real y efectivamente entregados por la mujer al marido, así como también le fué dado á éste el testimonio de la adjudicación de un inmueble perteneciente á la mujer y radicante en lugar distinto del otorgamiento de la escritura dotal, única manera posible de hacer la entrega de dicha finca:

Que si en el propio caso no firmasen los testigos la escritura ni concurriese la mujer á su otorgamiento, no por ello infringe la sentencia las leyes 111 y 114, tít. 18, Partida 3.ª, la doctrina legal, según la cual deben concurrir al otorgamiento de los contratos bilaterales ambos contrayentes, en relación con la ley 1.ª, tít. 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la fundada en la ley 14, tít. 11, Partida 4.ª, en cuya virtud deben concurrir á la escritura de institución de dote entregada, no sólo el marido sino también la mujer ó su representación legítima, porque sean cualesquiera las analogías que tenga con la venta de dote estimada, la constitución de ésta no se encuentra entre los casos de excepción en que han de firmar los testigos, según lo dispuesto en la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, ni la simple entrega y recibo de la dote es un contrato bilateral y sí unilateral, porque sólo queda obligado á la devolución el marido que la recibe, y porque carece de aplicación en el caso expuesto la ley 14, tít. 11, Partida 4.ª, toda vez que por la escritura dotal consta que la futura esposa hizo la entrega del testimonio de adjudicación del mencionado inmueble y de los demás efectos que en dichos documentos se expresan, sin que resulte que fuera á la sazón menor de edad:

Que la doctrina de que los privilegios concedidos á favor de los bienes dotales contra los acreedores del marido solamente son utilizables cuando faltan al deudor medios para cubrir sus débitos, siendo necesario hacer constar que no tiene otros bienes con que responder, se refiere á juicios que tengan por objeto perseguir bienes que, en poder de terceros acreedores, se supongan afectos á la responsabilidad dotal, y es inaplicable cuando sólo se trata de resolver el conflicto entre dos acreedores que defienden su respectiva preferencia en el cobro.

En la villa y corte de Madrid, á 1.º de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del Oeste de esta corte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por Doña María de la Purificación Pineda y Apesteguí, Marquesa de Villarreal del Tajo, propietaria, vecina de esta corte, y por su defunción sus hijos y herederos D. Luis, D. Manuel, Doña María y D. Francisco de Pliego Valdés y Pineda, todos de esta vecindad, con D. Esteban Ruiz Capillas, propietario, de esta vecindad, con los estrados correspondientes en rebeldía de Doña Benita Sáinz Ezquerra y sus hijos Doña Concepción, D. Felipe y D. Nicolás Sáinz Ezquerra y con D. Luis Pliego Valdés y Castañeda, Marqués de Villarreal del Tajo, allanado á la demanda deducida por su citada esposa, sobre tercería de mejor derecho á cobrar el importe de su dote con el producto de los bienes embargados al mismo, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Ruiz Capillas, y en su defensa y representación el Licenciado D. Laureano Delgado y el Procurador D. José María Aguirre, habiéndolo estado los hermanos Pliego Valdés y Pineda, únicos personados de los recurridos, por el Letrado D. Vicente Romero Girón y el Procurador D. Gabriel Talavera:

Resultando que en escritura pública otorgada en esta corte en 10 de Diciembre de 1856 por D. Luis de Pliego Valdés y Castañeda, en la que se hace constar por el Notario autorizante que habían sido testigos de ella D. Juan Eduvigis Flores, D. Fernando de Guillerna y D. Francisco Muñoz, si bien no la firman, declaró el expresado y único otorgante que tenía tratados exponsales con Doña María de la Purificación Pineda y Apesteguí, que en breve habían de elevar á verdadero y legítimo matrimonio; y que

como quiera que su prometida esposa aportaba diferentes bienes, deseando consignar en escritura pública cuáles eran, por la presente, en la vía y manera que mejor lugar hubiera en derecho, otorgaba: que recibía en aquel acto como caudal propio de su futura esposa 149.125 reales y una fracción que le habían sido adjudicados por herencia de su bisabuela por línea paterna en el ingenio Concordia, partido de Guara en la isla de Cuba, y las ropas, alhajas y demás efectos regalados á la misma que á continuación se enumeraban con sus respectivos valores, sumando un total de 311.038 reales y pico en unión del capital adjudicado en el ingenio, de los que se daba por entregado á su voluntad por recibir en este acto (se lee á la letra) de la mencionada su futura esposa á mi presencia y de los testigos que se nombrarán, de que doy fe, el testimonio de adjudicación de la parte de ingenio, alhajas, ropas y demás que queda especificado, y como real y efectivamente satisfecho de todo formaliza á su favor el resguardo más eficaz y solemne, declarando que las alhajas, ropas y demás efectos habían sido valuados por peritos inteligentes nombrados de conformidad de ambos interesados, y que en su tasación no había lesión ni engaño, y en el caso de que le hubiera, del que fuera en poca ó mucha cantidad, hacía á favor de su citada esposa donación irrevocable intervivos; obligándose, por último, á restituir y entregar el importe de la dote á su futura esposa ó á quien le representase luego que el matrimonio se disolviera:

Resultando que el citado D. Luis de Pliego Valdés, Marqués de Villarreal del Tajo, tomó á préstamo de Doña María de la Vega y Salcedo la suma de 60.000 escudos por término de cuatro años y con interés de 8 por por 100 anual, constituyendo en su garantía una hipoteca sobre la casa de su propiedad núm. 2 de la Corredera baja de San Pablo, todo lo cual se consignó en escritura pública de 26 de Marzo de 1868, que fué debidamente inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que dueño D. Esteban Ruiz Capillas del expresado crédito por habérselo legado su esposa Doña María de la Vega y Salcedo, promovió autos ejecutivos para hacerlo efectivo contra el Marqués de Villarreal del Tajo, obteniendo el embargo de la casa hipotecada, sujeta ya á otro decretado en ejecución despachada á instancia de Doña Benita Sáinz Ezquerra, por su crédito de 40.000 reales, cuya finca fué vendida en pública subasta por virtud de dichos embargos y rematada por D. Pablo Guillén, que cedió sus derechos á Ruiz Capillas, á quien se ordenó que consignase el precio del remate:

Resultando que en tal estado dedujo Doña María de la Purificación Pineda y Apesteguí en 28 de Abril de 1887, demanda de tercería de mejor derecho contra su expresado marido y Doña Benita Sáinz de Ezquerra y D. Esteban Ruiz Capillas, y en 15 de Febrero de 1888 una segunda demanda de igual clase contra su mismo marido y Ruiz Capillas, pretendiendo en ambas que fueron acumuladas se declarara, en definitiva, que tenía preferente derecho sobre la viuda de Ezquerra é hijos y Ruiz Capillas para cobrarse del precio del remate verificado en los autos ejecutivos seguidos contra su marido el Marqués de Villarreal del Tajo, la suma de 311.038 reales y 34‘54 avos en que había sido estimada la dote que la demandante entregó á su esposo; cuya pretensión fundó en la ley 33, tít. 13, Partida 5.ª, que establece la preferencia que tiene la mujer casada para cobrar el importe de su dote con los bienes del marido sobre cualquier acreedor hipotecario; por lo que siendo estimada y entregada por ante Notario la dote que la demandante había aportado á su matrimonio con Don Luis de Pliego Valdés, no ofrecía duda ninguna el derecho preferente que le asistía para obtener la restitución de su dote con el precio del remate; y en el art. 354, párrafo 1.º de la ley Hipotecaria, según el cual de-

ben ser respetados el valor y eficacia de las hipotecas tácitas que con arreglo á la legislación anterior al 1.º de Enero de 1883 tenían las mujeres casadas sobre los bienes de su marido por la dote y parafernales que le hubiesen sido entregados:

Resultando que el Marqués de Villarreal del Tajo se allanó á dichas demandas; la viuda de Ezquerra y sus hijos no comparecieron, por lo que acusada la rebeldía se señalaron los estrados del Juzgado, y D. Esteban Ruiz Capillas impugnó la demanda, alegando, entre otras razones: que al otorgamiento de la escritura dotal en que la demandante fundaba su derecho, no concurrió ella, ni ninguna persona en su nombre para realizar la constitución y entrega de la dote, por lo que era de tener en cuenta la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 17 de Enero de 1860, 6 de Noviembre de 1862, 19 de Septiembre y 21 de Octubre de 1864, 22 de Febrero de 1869 y 18 de Marzo de 1871, en que se establece que para que los bienes dotales gocen del privilegio que les concedían las leyes 23 y 33, tít. 13, Partida 5.ª, contra terceros acreedores, es necesario que se pruebe de una manera inconcusa la constitución de la dote y la entrega real y efectiva de los bienes en que consista, no bastando para este efecto la confesión de haberla recibido; que tampoco estaba firmada la escritura por ninguno de los tres testigos presenciales de la misma, por cuya razón, conforme á lo dispuesto en las leyes 111 y 114, tít. 18, Partida 3.ª, aplicables al caso, puesto que aquélla había sido otorgada con antelación á la ley del Notariado, carecía de fuerza probatoria y de valor y eficacia legal por no estar firmada por los testigos presenciales de su otorgamiento y no probarse ni alegarse siquiera por la demandante que fuera costumbre en esta corte que los nombres de los testigos de un instrumento público aparecieran puestos tan sólo por el Escribano autorizante; y que, por último, el marido de la demandante había heredado de su padre diferentes bienes por valor de 4.034.890 reales 40 céntimos, según constaba en la escritura de partición otorgada en 31 de Octubre de 1863, que acompañaba, de los que nada se decía en la demanda sin embargo de que, según doctrina sancionada por el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Diciembre de 1854, para que la demanda entablada pudiera prosperar, era necesario que la demandante justificase que su marido no poseía otros bienes para responder de la dote que la casa hipotecada; habiendo reproducido ambas partes sus respectivas pretensiones en los escritos de réplica y dúplica, haciendo notar la demandante que la escritura de dote no había podido otorgarse en fraude de terceros acreedores, y era, por lo tanto, de tener en cuenta lo declarado en la sentencia de casación de 26 de Mayo de 1857:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia revocatoria en 10 de Abril de 1890, declarando haber lugar á la demanda de tercería de mejor derecho deducida por Doña María de la Purificación Pineda y Apestegui, consorte de D. Luis de Pliego Valdés, Marqués de Villarreal del Tajo, y que en su virtud lo tiene preferente al de D. Esteban Ruiz Capillas, legatario de Doña María de la Vega Salcedo, para cobrarse del valor de la casa embargada en esta corte, Corredera de San Pablo, núm. 2, propiedad de su marido, la suma de 77.759 pesetas 45 céntimos en que fué estimada la dote que dicha señora entregara á éste, debiendo deducirse dicha cantidad del precio de la finca y entregarse á la tercerista, hoy sus hijos y herederos D. Luis, Doña María Portaceli, Don Manuel y D. Francisco Pliego Valdés y Pineda, sin hacer especial condenación de costas en ambas instancias:

Resultando que D. Esteban Ruiz Capillas interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en los siguientes motivos:

1.º En que al declarar la Sala sentenciadora haber lugar á la tercería de

mejor derecho interpuesta por Doña María de la Purificación Pineda, fundándose en que D. Luis de Pliego Valdés recibió de aquélla su futura esposa las ropas, alhajas y demás que expresa la escritura dotal de 10 de Diciembre de 1856, incurre en el error de hecho que resulta de ese mismo documento, toda vez que no habiendo concurrido Doña Purificación al otorgamiento de la expresada escritura, no pudo hacer la entrega que se le atribuye:

2.º En la infracción de la ley 33, tít. 13, Partida 5.ª, que declara el privilegio de los bienes dotales respecto de otros créditos, en relación con la doctrina legal establecida en las sentencias de casación de 17 de Enero de 1860 y 22 de Febrero de 1869, según la cual, es indispensable que la entrega de la dote sea verdadera, real y efectiva para que surta los efectos determinados en aquella ley, por cuanto fundándose la Sala sentenciadora en que la entrega de la dote fué simbólica, declara haber lugar al preferente derecho que reclama Doña María de la Purificación Pineda para el cobro de su crédito en perjuicio del recurrente:

3.º Porque igualmente infringe la sentencia la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, que exige la firma de los testigos cuando se trata de la venta de bienes, carácter que reviste la dote que causa venta en relación con la doctrina legal establecida en la sentencia de 5 de Diciembre de 1860, que exige también esas firmas cuando la venta es de bienes sitos ó raíces; en cuanto que da valor y eficacia á la escritura dotal de 10 de Diciembre de 1856, sin embargo de no firmar los testigos instrumentales dicha escritura y formar parte de la dote bienes inmuebles ó raíces, y la ley 111 del mismo título y Partida, que exige también la firma de los testigos, á no ser que haya costumbre en contrario en el lugar de que se trate, toda vez que la Sala sentenciadora aprecia como eficaz dicha escritura sin firma de los testigos y sin que se haya probado ni intentado probar que esa falta estaba autorizada por la costumbre en Madrid:

4.º La infracción de la doctrina legal establecida en la sentencia de 22 de Noviembre de 1862, según la cual deben concurrir al otorgamiento de los contratos bilaterales ambos contrayentes, en relación con la ley 1.ª, título 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, que dispone que habrán de formar los otorgantes, por cuanto siendo un contrato bilateral la constitución de dote, toda vez que produce obligaciones recíprocas entre los contrayentes, que son la entrega de la dote por parte de la mujer y la devolución en su día de esa misma dote por parte del marido, la sentencia recurrida declara haber lugar á la demanda de tercería de mejor derecho interpuesta por Doña María de la Purificación Pineda, sin embargo de que el documento en que la funda fué otorgado y firmado tan sólo por uno de los otorgantes:

5.º La doctrina legal, fundada en la ley 14, tít. 11, Partida 4.ª, según la cual deben concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución de dote entregada, no sólo el marido sino también la mujer ó su representación legítima; toda vez que á la constitución de la dote reclamada no concurrió más que uno de los que debieron intervenir en ese contrato:

Y 6.º La doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 16 de Junio de 1862 y 31 de Diciembre de 1864, según la cual, los privilegios concedidos á favor de los bienes dotales contra los acreedores del marido solamente son utilizables cuando faltan al deudor medios para cubrir sus débitos, siendo necesario hacer constar que no tiene otros bienes con qué responder, por cuanto la Sala sentenciadora estima la tercería de mejor derecho interpuesta por Doña María de la Purificación Pineda contra los bienes embargados, sin embargo de no haber hecho constar que no tenía otros el deudor con qué responder, mientras que el recurrente probó que el deudor había aportado á su matrimonio

4 millones y pico de reales que le fueron adjudicados como herencia paterna.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia no incurre en error de hecho que resulte de la escritura de constitución y recibo de dote que otorgó D. Luis Pliego Valdés á favor de la que había de ser y fué su esposa Doña María de la Purificación Pineda y Apesteguí, único fundamento del primer motivo de este recurso, porque en la expresada escritura se lee claramente que Pliego Valdés recibió en el acto del otorgamiento de la entonces su futura esposa y á presencia del Notario y de los testigos el testimonio de adjudicación de la parte de ingenio que por herencia correspondía á la Doña Purificación, alhajas, ropas y demás cosas que se determinan en dicho documento, del cual no resulta el error alegado en la apreciación de las pruebas, y sí la demostración del hecho que sirve de fundamento á la sentencia reclamada:

Considerando que la sentencia no infringe, y antes bien aplica acertadamente la ley 33, tít. 13, Partida 5.ª, en relación con la doctrina legal establecida en las sentencias que se citan en el segundo motivo, porque las ropas, alhajas y demás efectos que se expresan en la escritura de dote fueron verdadera, real y efectivamente entregados por la Doña Purificación Pineda á su futuro esposo D. Luis Pliego Valdés, así como también le fué dado el testimonio de la adjudicación de la parte de ingenio que le correspondía, única manera posible de hacer en Madrid la entrega de aquella finca:

Considerando que tampoco son de estimar los motivos 3.º, 4.º y 5.º, porque sean cualesquiera las analogías que tenga con la venta de dote estimada, la constitución de ésta no se encuentra entre los casos de excepción en que han de firmar los testigos, según lo dispuesto en la ley 114, título 18, Partida 3.ª, ni la simple entrega y recibo de la dote es un contrato bilateral y sí unilateral, porque sólo queda obligado á la devolución el marido que la recibe, y porque carece aquí de aplicación la ley 14, título 11, Partida 4.ª, toda vez que por la escritura dotal consta que la futura esposa hizo la entrega del testimonio de adjudicación de la parte de ingenio que poseía en la isla de Cuba, y de las ropas, alhajas y demás efectos que en dicho documento se expresan, y no resulta que fuera á la sazón menor de edad:

Considerando que es también improcedente el sexto y último motivo en el que se supone infringida la doctrina que establecen las sentencias de este Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1862 y 31 de Diciembre de 1864, porque los juicios que dieron lugar á ambas sentencias tuvieron por objeto perseguir bienes que, en poder de terceros poseedores, se suponían afectos á la responsabilidad dotal, y aquí sólo se trata de resolver el conflicto entre dos acreedores que defienden su respectiva preferencia en el cobro;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Esteban Ruiz Capillas, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 1.º de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Mayo del mismo año.)

99

Recurso de casación (1.º de Abril de 1891).—Sala primera.—*Validez y cumplimiento de un contrato.*—Ha lugar al interpuesto por D. Luis Labarta en pleito con D. Angel Goyena y otros (Audiencia de Pamplona), y se resuelve:

Que de acuerdo con lo prevenido en el art. 5.º de la ley de 11 de Mayo de 1888 estableciendo las bases para la redacción del Código civil, ordena éste en su art. 12 que, con excepción de las disposiciones que expresa el párrafo primero, «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, por la publicación del Código, que regirá solamente como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales:»

Que con arreglo á lo que dispone el art. 15, los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada é intestada, declarados en el Código, no pueden aplicarse á las personas nacidas en provincias ó territorios donde subsiste derecho foral, de padres sujetos al mismo, si no hubiesen ganado vecindad en la forma que dicho artículo determina en territorios regidos por la legislación común:

Que atendidos estos terminantes preceptos, el estado de derecho ó régimen jurídico constituído por leyes ó por costumbre en los territorios forales, debe respetarse íntegramente, y sólo puede ser alterado por modo y en la forma á que se refiere el art. 6.º de la citada ley de Mayo de 1888:

Que contra lo que consignan el fuero y su Amejoramiento, se observa en Navarra la costumbre de que la mayor edad empiece á los veinticinco años, que es lo mismo que dispone el derecho romano, supletorio del foral; y aun admitiendo que semejante costumbre se introdujese por la influencia que el derecho de Castilla ejerciera en el de la provincia, es indudable que forma parte de su actual régimen jurídico que sea escrito ó no lo sea, subsiste por ahora y no se ha modificado por la sola publicación del Código civil, que no puede invocarse en aquel territorio sino en defecto de la legislación navarra y de la romana;

Que por consecuencia de lo expuesto, carece de capacidad para obligarse á la edad de veinticuatro años un menor sujeto al fuero de Navarra.

En la villa y corte de Madrid, á 1.º de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Pamplona y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Angel Goyena y Ruiz y su esposa Doña Dolores Labarta y Goyena, propietarios, vecinos de Sangüesa, con D. Luis Labarta y Goyena, estudiante, domiciliado en Pamplona, sobre validez y cumplimiento de un contrato, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado, y en su defensa y representación el Letrado D. Fernando Mayoral y el Procurador D. Francisco Claramunt, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Eusebio Rodríguez y el Procurador D. Luis de Figuerola:

Resultando que Doña Micaela Goyena y Ruiz falleció bajo testamento otorgado en Sangüesa en 12 de Noviembre de 1886, en el que nombró herederos fiduciarios á su hermano y cuñada los consortes D. Angel Goyena y Doña Dolores Labarta con la condición de que recibiendo inventario de la herencia la conservaran en su poder, pagando de sus rentas ó productos los funerales y las asistencias que con arreglo á su clase deberían pres-

tar al hijo de la testadora D. Luis Labarta y Goyena, teniéndole en su compañía, disponiendo además que, si no se aviniese á vivir con sus tíos, le entregarían dos pesetas diarias por meses anticipados mientras habitase en Sangüesa, pero si se ausentaba de dicha ciudad cesaría la obligación de dárselas, y que cuando su citado hijo contragera matrimonio con mujer virtuosa y de posición adecuada, á juicio de sus tíos, deberían entregarle éstos la herencia de la testadora en toda su integridad para disponer de ella libremente:

Resultando que reunidos en el bufete de un Letrado el día 5 de Mayo de 1889 D. Angel Goyena y Ruiz en su propio nombre y en el de su citada esposa Doña Dolores Labarta y su sobrino D. Luis Labarta y Goyena, que nació en 18 de Diciembre de 1864, convinieron en que reconociendo Don Luis cuanto sus tíos le habían dado para alimentos, vestuario, enseñanza ó educación, las deudas que pesaban sobre su casa nativa, y que no convendría á sus intereses ponerse al frente de una casa de hacienda por su falta de costumbre y afición á la labranza, cedía á favor de Goyena y su esposa todos los inmuebles, muebles y créditos procedentes de la herencia de su madre, bajo las condiciones de que sus citados tíos se hicieran cargo de todas las deudas de la casa, de pasarle como hasta entonces dos pesetas al día en concepto de alimentos, cinco cada domingo para el bolsillo, y lo necesario para su vestido y calzado con arreglo á su clase durante todo lo que restaba de aquel año; que después de terminados sus estudios y hasta tanto que obtuviera colocación como consecuencia de ellos, podría D. Luis permanecer en la casa de sus tíos, sin más obligación en éstos que la de suministrarle los alimentos en familia; que los tíos se obligaban también á dotar á su sobrino con la cantidad de 12.000 pesetas, pagaderas 5.000 el día que contrajera matrimonio, y las restantes en dos plazos iguales de año cada uno, y á abonarle el 5 por 100 de esas 12.000 pesetas para ayuda de sus gastos desde el día en que D. Luis anunciase haber terminado sus estudios hasta su casamiento y entrega; cuyo abono de intereses lo harían por trimestres vencidos; y por último, se obligaban á hipotecar en garantía de este convenio la casa principal señalada con el número 30 de la calle Mayor de la ciudad de Sangüesa, que era una de las fincas que cedía el D. Luis:

Resultando que en 13 de Julio del mismo año dedujo D. Angel Goyena por sí y en representación de su esposa Doña Dolores Labarta, en el Juzgado de primera instancia de Pamplona, la demanda que ha motivado el presente pleito, manifestando que en el mismo día en que fué extendida la minuta del convenio susodicho, la llevaron el demandante Goyena y su sobrino Labarta con los documentos necesarios al Notario de aquella ciudad D. Juan Miguel Artiz para que extendiera la escritura pública correspondiente, lo que verificó después de varios días, ajustándose exactamente á la minuta entregada; y que su citado sobrino se había negado después de concurrir á casa del citado Notario para el otorgamiento de la escritura, pretextando que no había otorgado contrato alguno de cesión; é invocando, además, como fundamentos legales, que el consentimiento, siendo serio y deliberado, es obligatorio; y que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, queda obligado, solicitó se declarase, mediante el ejercicio de la acción personal correspondiente, que el demandado D. Luis Labarta se hallaba obligado al contrato que hizo con los demandantes, y se le condenase á suscribir la escritura que de común acuerdo encomendaron al Notario D. Juan Miguel Artiz:

Resultando que citado y emplazado D. Luis Labarta por virtud de dicha demanda, compareció pidiendo que se le proveyera de Abogado y Procurador de oficio, porque carecía de recursos, y que en atención á su menor edad, el Procurador que se le designara fuese á la vez su curador *ad litem*,

extremo este último que desestimó el Juzgado, en atención á que el D. Luis tenía veinticuatro años cumplidos y podía comparecer por sí sólo, con arreglo al Código civil vigente; y una vez terminado el incidente de pobreza, contestó la demanda, interesando que se le absolviera de ella con imposición de costas á los demandantes, alegando para ello que con el convenio á que la demanda se refiere había sufrido un perjuicio de 25.721 pesetas 75 céntimos, dado el importe de los bienes dejados por su madre, en cuya cantidad se beneficiaban los demandantes: que el menor de edad no tiene capacidad legal para consentir y obligarse, á no ser que la obligación por él contraída redunde en su beneficio; que establecido por la costumbre que la mayor edad en Navarra empieza á los veinticinco años en vez de los catorce fijados por el cap. 5.º del Amejoramiento del fuero, esta costumbre había sido derecha, constante y uniforme desde entonces, confirmada por sentencia de los Tribunales y como derecho existente en aquella provincia foral á la publicación del Código civil, subsistía después de éste, según el art. 5.º de la ley de Bases y el art. 12 del Código; y que, aplicando esta doctrina al presente caso, resultaba que como el demandado era navarro de naturaleza y de edad menor de veinticinco años, era nula é ineficaz en derecho la obligación contraída con sus tíos los demandantes, de la que le resultaba un perjuicio grande:

Resultando que la parte actora replicó diciendo, en cuanto es pertinente, que el demandado Labarta no era menor de edad al contraer la obligación de que se trataba, porque había cumplido ya los veinticuatro años, y el cap. 1.º del Amejoramiento del fuero señalaba los catorce para la mayor edad y el Código civil los veintitrés, sin que valiera decir que se respetase el fuero, toda vez que no había en Navarra ninguna disposición que fijase la mayor edad á los veinticinco años; que en aquella provincia había habido la costumbre ó necesidad de seguir la legislación del resto de España, porque señalada la mayoría de edad á los veinticinco años en muchas leyes de carácter general, no había habido más remedio que aceptar aquella misma norma para la mayor edad, como ahora habría la costumbre y aun necesidad de atemperarse á la fijada en el Código civil; y que estaba conforme con que aquel país conservaba la legislación que tenía á la publicación del Código civil respecto de la mayor edad, que era y sería para lo sucesivo la de catorce años, y el demandado duplicó insistiendo en las alegaciones hechas en el escrito de contestación, y añadiendo que la costumbre que en Navarra fijaba á los veinticinco años cumplidos la mayor edad estaba tomada del Derecho romano, y como tal formaba parte de la legislación foral, respetada y confirmada por la ley de Bases y el Código civil:

Resultando que en 2 de Abril de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Pamplona sentencia confirmatoria con las costas, declarando que D. Luis Labarta y Goyena está obligado al contrato que hizo con Don Angel Goyena en representación propia y de su esposa Doña Dolores Labarta, y condenándole, en su consecuencia, á que suscriba la escritura que de común acuerdo encomendaron al Notario D. Juan Miguel Artiz:

Resultando que D. Luis Labarta y Goyena interpuso recurso de casación, citando como infringidos:

1.º El art. 1.º de la ley de 25 de Octubre de 1839, y en relación con ella el art. 2.º de la ley de 16 de Agosto de 1841, la primera de las cuales confirmó los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía, y la segunda dijo, al modificar los fueros de Navarra, que la Administración de justicia seguiría en ella, con arreglo á su legislación especial, en los mismos términos que entonces se hacía, hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del Reino, se formaran Códigos genera-

les que fueran obligatorios en todas las regiones, cuyas leyes, vigentes en parte, en cuanto no se ha publicado un Código civil de carácter general y obligatorio para toda la Península, resultan infringidas por la Sala sentenciadora al no hacer aplicación en el fallo de la legislación especial de Navarra y sí de la particular de Castilla, que de ninguna manera puede invocarse en el caso presente, por estar comprendido dentro de las costumbres navarras, que señalan la mayor edad á los veinticinco años, según han reconocido las mismas partes que contienden:

2.º El art. 12 del mismo Código civil, que acomodándose al art. 5.º de la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, dictada para la formación del mismo, dispone de un modo que no deja lugar á dudas ni á diversas interpretaciones, que sólo serán obligatorias para todos los españoles las disposiciones del título preliminar, en cuanto establecen los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como también los preceptos dictados para el desarrollo de la base 3.ª, relativa á las formas del matrimonio y contenidas en el tít. 4.º de su libro 1.º, pero no otras reglas, pues como dice en su párrafo segundo, en lo demás las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales, en el concepto de que la sentencia recurrida prescinde del derecho consuetudinario de Navarra, diferente del castellano que aplica, siendo así que el legislador, al abordar resueltamente las dudas que pudieran surgir en esta materia, ha mandado, después de ratificar la existencia del derecho foral, que se conserve por ahora en toda su integridad, sin que las provincias donde exista sufran alteración alguna en su régimen jurídico escrito ó consuetudinario, por la publicación del Código; es decir, que allí donde existe derecho foral, como sucede en Navarra, aunque sus preceptos sean diferentes del de Castilla, como con mucha frecuencia acontece, los fueros prevalecerán sobre el Código y deberán tenerse en cuenta para la creación y extinción de las cuestiones jurídicas, para la determinación de los derechos que asistan á las personas y para la validez ó nulidad de los actos y contratos que se celebren:

3.º El art. 14 del mismo Código civil, que al disponer que lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11 del mismo respecto á las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, sea aplicable á las personas, actos y bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación, manda que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rijan por las leyes del país en que se otorguen, toda vez que la sentencia recurrida declara válido el contrato sobre que se litiga, otorgado en Navarra y por naturales de aquel país, aplicando para ello la legislación castellana, sin tener en cuenta que el derecho navarro lo tiene por nulo de toda nulidad, y este derecho es el único aplicable, según el Código, no ya sólo en los casos en que, como en el presente, tuvo lugar el contrato entre individuos aforados y en territorio aforado también, sino hasta para aquellos que se llevan á efecto fuera del lugar en que rigen los fueros, pues entonces la legislación especial hace como que dilata y va á proteger á sus sometidos, aun allí donde está vigente otra legislación:

4.º El art. 15 de igual cuerpo de leyes, que terminantemente expresa que los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada é intestada, que declara son aplicables únicamente á las personas sujetas al derecho común, ya por el nacimiento, ya por la voluntad manifiesta, ó ya por la vo-

luntad tácita de la vecindad, pero no á otras personas que gocen de los beneficios del fuero, pues ellos se regirán por sus leyes especiales, teniendo en cuenta que las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil, en el concepto de que, olvidando la Sala sentenciadora la teoría del estatuto personal que el legislador ha traído al Código para resolver los conflictos interprovinciales que pudieran surgir, aplica el derecho castellano á aquellos que, así en los derechos y deberes de familia, como en los relativos al Estado, condición y capacidad legal de las personas y los derechos de sucesión, están considerados bajo estos aspectos, como extraños á la patria y súbditos de otra nacionalidad, por lo que les aplica el legislador las reglas de derecho internacional moderno, sin que valga decir, como se dice en uno de los fundamentos de la sentencia recurrida, que porque la mayor edad que estatuye la legislación civil está íntimamente enlazada con todas las leyes generales de la Nación, como son las de procedimientos, las municipales, las provinciales y otras obligatorias para Navarra, según la ley de 1841, sería un contrasentido dentro del organismo de la Nación, que por lo mismo que estas leyes no fijan la mayor edad, refiriéndose á la ley civil, se hiciera de peor condición á los navarros que al resto de los españoles cuando de la aplicación de estas leyes se tratase, pues esta consideración, aparte de que está fuera de las atribuciones de los Tribunales, cuya omisión se reduce á la aplicación de las leyes, tal y como están escritas, huelga por completo, porque la carencia de sentido donde se encuentra es en la no aplicación de las leyes forales á los actos realizados por personas aforadas y en fallar con arreglo á las leyes y Códigos que no están dados para los individuos á quienes se aplican:

Y 5.º La costumbre navarra, elevada á la categoría de ley, por cuanto tiene su misma fuerza, que señala la mayor edad á los veinticinco años, y con dicha costumbre el párrafo preliminar del tít. 23 de las «Instituciones de Justiniano», vigentes en Navarra como derecho supletorio, que fija asimismo en igual época la mayoría de edad, por cuanto ni la una ni el otro se han tenido en cuenta en el fallo recurrido al declarar mayor de edad al recurrente antes de que cumpliese los veinticinco años, siendo de observar que es una cuestión que apenas exige insistir sobre ella, la de que la costumbre y el derecho romano señalados están vigentes hoy en Navarra, no sólo porque ambas partes litigantes han convenido en la existencia de tal costumbre, sino también porque ella reune todos los requisitos para tener fuerza obligatoria, y sobre la misma, establecida desde tiempo inmemorial, se han levantado instituciones tan importantes como la curaduría para los mayores de doce y catorce años y menores de veinticinco, según sean hembras ó varones, y la restitución *in integrum* para los menores de veinticinco años; además de lo que la misma sentencia recurrida reconoce la repetida costumbre y con ella la necesidad de aplicarla al pleito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que de acuerdo con lo prevenido en el art. 5.º de la ley de 11 de Mayo de 1888 estableciendo las bases para la redacción del Código civil, ordena éste en su art. 12 que, con excepción de las disposiciones que expresa el párrafo primero, «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario por la publicación del Código, que regirá solamente como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales»:

Considerando que, con arreglo á lo que dispone el art. 15, los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada é intestada declarados en el Có-

digo, no pueden aplicarse á las personas nacidas en provincias ó territorios donde subsiste derecho foral, de padres sujetos al mismo, si no hubiesen ganado vecindad en la forma que dicho artículo determina en territorios regidos por la legislación común:

Considerando que, atendidos estos terminantes preceptos, el estado de derecho ó régimen jurídico constituído por leyes ó por costumbre en los territorios forales, debe respetarse íntegramente, y sólo puede ser alterado por el modo y en la forma á que se refiere el art. 6.º de la citada ley de Mayo de 1888:

Considerando que, según reconocen los litigantes y la Sala sentenciadora, en contra de lo que consignan el fuero y su Amejoramiento se observa en Navarra, sin precisar desde qué tiempo, la costumbre de que la mayor edad empiece al cumplirse los veinticinco años, que es lo mismo que dispone el derecho romano, supletorio del foral; y aun admitiendo que semejante costumbre se introdujese por la influencia que el derecho de Castilla ejerciera en el de la provincia, es indudable que forma parte de su actual régimen jurídico que sea escrito ó no lo sea, subsiste por ahora y no se ha modificado por la sola publicación del Código civil, que no puede invocarse en aquel territorio sino en defecto de la legislación navarra y de la romana:

Considerando que, por consecuencia de lo expuesto, por estar sujeto el recurrente al fuero de Navarra y por contar veinticuatro años cuando celebró en Pampona el convenio de que se trata, que fué á los cinco días de haber comenzado á regir el Código civil, carecía de capacidad legal para obligarse; y en este concepto la sentencia recurrida, al declarar lo contrario, fundándose en lo que respecto de la mayor edad dispone el Código, infringe los artículos del mismo, de que se ha hecho mención;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis Labarta y Goyena; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 2 de Abril de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Pamplona.—(Sentencia publicada el 1.º de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Mayo del mismo año.)

100

Recurso de casación (6 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Tercería de mejor derecho.*—No ha lugar al interpuesto por Doña María García en pleito con D. Celso Lumbreras y otros (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que la declaración consignada en la sentencia de 26 de Mayo de 1857, de que la doctrina de que la dote confesada no tiene fuerza más que para perjudicar al marido, se entiende en el caso de haber motivo fundado para creer que la confesión se hizo en fraude de terceros poseedores, se refiere al caso de haberse confesado la recepción de la dote en capitulaciones matrimoniales y cuando el marido que las otorgó no era deudor de tercera persona, circunstancias ambas que excluyen la sospecha de que tal confesión sea fraudulenta:

Que según ha declarado el Tribunal Supremo, aquella doctrina es inaplicable al caso en que sobre confesarse la entrega después de celebrado el matrimonio, es también posterior en fecha al crédito cuyo pago se pretende postergar por medio de la tercería de mejor derecho:

Que si á juicio de la Sala sentenciadora, incontrovertible en casación, no hay más prueba de la existencia y entrega de la dote, cuyo preferente pago se pretende, que la confesión del marido hecha en las circunstancias referidas,

la sentencia absolutoria de tal demanda no infringe la jurisprudencia contenida, entre otras sentencias, en las de 27 de Junio de 1864, 19 de Abril de 1866 y 31 de Mayo de 1879, porque, según ella, carece dicha confesión de todo efecto en perjuicio de tercero, y tampoco las leyes 23 y 33, tít. 13 de la Partida 5.ª, porque el privilegio en ellas otorgado á la mujer casada presupone la real entrega de la dote:

Que la ley 31 del propio título y Partida carece de aplicación al caso expuesto, por referirse tan sólo á la preferencia que concede á los acreedores diversos de un deudor común, según el título de sus respectivos créditos, para hacerse cobro en la cosa que les hubiera sido empeñada.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Colmenar y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta misma corte por Doña María García Catalinas, vecina de Fuencarral, con D. Celso Lumbreras, Cura párroco del pueblo de Rasneros, D. Tomás Dávila López, Alcalde del mismo, como patronos de la obra pía fundada en la parroquia del mismo pueblo por Don Toribio Garcia, y con D. Tomás Fernández, marido de la demandante, representado por los estrados en su ausencia y rebeldía, sobre tercería de mejor derecho para cobrar el importe de una dote, pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación interpuesto por la demandante, y en su defensa y representación por el Letrado D. Santiago Alonso de Villapadierna y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez, no habiendo comparecido ninguna de las otras partes:

Resultando que con fecha 26 de Octubre de 1878 suscribió D. Tomás Fernández un pagaré de 37.140 reales á la orden de los patronos de una obra pía fundada en la parroquia del pueblo de Rasneros, por valor recibido del apoderado de los mismos, por cuya cantidad é intereses pactados en el mismo documento de 6 por 100 anual, se despachó ejecución por el Juzgado de primera instancia de Colmenar contra los bienes del deudor Fernández en auto de 17 de Marzo de 1888, y se dictó sentencia de remate, que fué confirmada por la Audiencia de esta corte en 12 de Octubre de 1888; y entrado el juicio en la vía de apremio, fueron vendidos algunos de los bienes embargados:

Resultando que en escritura pública otorgada en esta corte en 23 de Septiembre de 1880, por D. Tomás Fernández y su esposa Doña María García Catalinas, hizo constar aquél que la víspera de su matrimonio, celebrado en 4 de Marzo de 1861, le hizo entrega su citada esposa de varios efectos y metálico, importantes en junto 115.590 reales, de cuya suma no le otorgó carta total, sino tan solo un documento reservado y autorizado por tres testigos, con fecha 20 de Enero de 1870, que se unía á continuación de esta escritura, en el que reconocía la entrega de la expresada cantidad en los efectos y metálico que en el mismo documento se detallaban; y que no queriendo el otorgante que por su falta se le pudiese originar algún perjuicio á su esposa, declaraba y confesaba que había recibido de ella la suma antes indicada á que ascendía lo aportado por la misma al matrimonio en efectos y metálico, y formalizaba á su favor la carta de pago y resguardo más eficaz que á su seguridad conviniere, renunciando á la *non numerata pecuniæ* por no ser la entrega de presente:

Resultando que con la primera copia de esta escritura dedujo Doña María García Catalinas, en los autos ejecutivos susodichos, en 13 de Marzo de 1889, la demanda de tercería de mejor derecho, objeto de este pleito, invocando, entre otros fundamentos de derecho, la ley 21, tít. 11, Partida 4.ª; la 23, tít. 13, Partida 5.ª; la 33, del mismo título y Partida, y los artículos 354 y 355 de la ley Hipotecaria para que se declarase en definitiva su preferente derecho sobre el de la parte ejecutante para cobrar el

importe de su aportación dotal con el valor de los bienes embargados á su marido D. Tomás Fernández y los que en lo sucesivo se le pudieran embargar:

Resultando que uno de los patronos ejecutantes contestó la demanda, alegando para que se desestimara, con imposición de costas á la tercerista, entre otras razones extrañas al recurso interpuesto, que tratándose como se trataba de una escritura de dote meramente confesada, eran inaplicables al caso todas las citas legales expuestas en la demanda, porque á ellas se oponían las sentencias de este Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 1858, 17 de Enero de 1860, 28 de Marzo y 20 de Noviembre de 1862, 27 de Junio de 1864 y 31 de Marzo de 1879:

Resultando que acusada la rebeldía al demandado D. Tomás Fernández, se le señalaron los estrados para su representación; y sustanciado el pleito por los demás trámites de ley y en dos instancias, dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, en 31 de Marzo de 1890, sentencia revocatoria, absolviendo á la representación de las obras pías de Rasneros, fundadas por D. Toribió García, de la demanda contra ella interpuesta por Doña María Catalinas, sin hacer expresa condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que Doña María García Catalinas interpuso recurso de casación, por considerar infringidos:

1.º La jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Mayo de 1857, relativa á que la doctrina de que la dote confesada no tiene fuerza más que para perjudicar al marido, se entiende en el caso de haber motivo fundado para creer que la confesión se hizo en fraude de terceros interesados, en el concepto de que, á pesar de no haberse probado en este pleito que existiese tal motivo, ni haber el más ligero antecedente de tal fraude al tiempo de otorgarse la escritura de 1880, entiende la Sala sentenciadsra que la dote confesada en la susodicha escritura no perjudica para los efectos de la ejecución pendiente:

2.º La jurisprudencia contenida en diferentes sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, en las de 27 de Junio de 1864, 19 de Abril de 1866 y 31 de Mayo de 1879, porque aun cuando sea preciso que conste que no conste la entrega de la dote, habiéndose practicado esto, y existiendo los dos extremos que la jurisprudencia más constantemente señala para que goce la mujer del beneficio dotal en concurrencia con otros acreedores, debió entenderse en la sentencia recurrida en tal sentido el preferente derecho de la recurrente:

Y 3.º Las leyes 23, 31 y 33, tít. 13, Partida 5.ª, que reconocen el preferente derecho de la mujer por razón de su dote á cobrarse en los bienes del marido, en el concepto de que, según se deduce de los anteriores motivos de casaeión, la recurrente tenía y tiene tal preferencia sobre los bienes de su esposo D. Tomás Fernández.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que la doctrina consignada en la sentencia de 26 de Mayo de 1857, invocada en apoyo del primer motivo del recurso, se refiere al caso de haberse confesado la recepción de la dote en capitulaciones matrimoniales y cuando el marido que las otorgó no era deudor de tercera persona, circunstancias ambas que excluyen la sospecha de que tal confesión sea fraudulenta, y que esa doctrina, según ya tiene declarado este Tribunal Supremo, es por lo mismo inaplicable á casos diversos en que, como ocurre en el presente, sobre confesarse la entrega después de celebrado el matrimonio es también posterior en fecha al crédito, cuyo pago se pretende postergar por medio de la tercería de mejor derecho:

Considerando que á juicio de la Sala sentenciadora, incontrovertible ahora por la ineficacia del recurso contra el mismo intentado, no hay más

prueba de la existencia y entrega de la dote, cuyo preferente pago se pretende que, la confesión del marido hecha en las circunstancias referidas, y bajo tal concepto no se ha infringido la doctrina invocada en apoyo del segundo motivo, porque según ella carece dicha confesión de todo efecto en perjuicio de tercero, ni tampoco las leyes 23 y 33 del tít. 13 de la Partida 5.ª, porque el privilegio en ellas, otorgado á la mujer casada, presupone la real entrega de la dote:

Considerando que la ley 31 del propio título y Partida asimismo invocada en el tercer motivo carece de aplicación al caso presente por referirse tan sólo á la preferencia que concede á los acreedores diversos de un deudor común, según el título de sus respectivos créditos, para hacerse cobro en la cosa que les hubiera sido empeñada, sin que por lo mismo haya podido infringirse:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña María García Catalinas, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Mayo del mismo año.)

101

Recurso de casación (6 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de escritura*.—No ha lugar al interpuesto por D. Angel Laguna en pleito con D. Galo Alonso y otro (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que la doctrina de que la transación hecha por dos no perjudica á tercero y la ley 28, tít. 11, Partida 5.ª, son inaplicables al caso en que la sentencia, en atención á los diversos fundamentos que contiene, se limita á resolver que no ha lugar á declarar en el pleito la nulidad de una escritura de transación, á instancia sólo de los demandantes y recurrentes, reservando expresamente á los demás interesados las acciones que puedan corresponderles en contra de la eficacia de aquel instrumento público.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley seguido en el Juzgado de primera instancia de Segovia y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte por D. Angel Laguna Martín, como marido de Doña Hermenegilda Lázaro González, vecino de Segovia, sillero, representado por el Procurador D. Manuel Montero y defendido por el Licenciado D. Francisco Javier Mercado, con D. Galo Alonso Miguel, propietario, vecino de Segovia, y D. Agustín Ayuso García, Maestro de escuela, vecino de Garcillán, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre nulidad de una escritura de reclamación de cantidades y rendición de cuentas:

Resultando que Pedro y León Matute, José y Andrés Martín, Vicente Lázaro Molinero, como marido de Isabel Martín; Miguel de Pablos, como marido de Vicenta González, y Angela González otorgaron escritura en el lugar de Carbonero de Alusín, por la que transigieron el litigio que seguían en el Juzgado de Segovia sobre adjudicación de los bienes de la capellanía fundada en la iglesia parroquial de Yanguas por D. Andrés Pérez y sus agrupaciones posteriores, conviniendo en que los predios rústicos y urbanos se dividirían en seis partes, cuatro para descendientes de Juan Pérez, uno de los sobrinos del fundador, y dos para los sucesores de Andrés Pérez, otro sobrino del mismo, siendo para estos últimos además los

censos y capitales dados á réditos, debiendo repartirse un crédito de la Nación, procedente de las fincas vendidas por orden del Gobierno se repartiría entre todos los individuos de aquellas dos ramas por partes iguales, y que los gastos y costas causadas y que se causasen serían satisfechos á prorrata de lo percibido:

Resultando que separados del pleito Pedro y León Matute, José y Andrés Martín y Vicente Lázaro Molinero se dictó auto definitivo en 3 de Mayo de 1850, que quedó firme, por haberse declarado desierta la apelación interpuesta por Nicomedes Callejo y Fernando Vázquez, adjudicando á Angela González Martín los bienes de la citada capellanía con las rentas desde 1841:

Resultando que en 16 de Noviembre de 1880 otorgaron escritura en la ciudad de Segovia Angel Laguna Martín y su mujer Hermenegilda Lázaro y González, Lorenzo Muñoz y Lázaro, Alejo Martín García, Ulpiano Pérez Martín, Prudencio Salvador Gil, Frutos Herrero González, Bernabé Manso Sanz, Benito Matute y Antón y Marcos Lázaro González, en la que, como herederos é interesados en la repetida capellanía, cuyos inmuebles y algunos derechos reales poseían con el fin de obtener de la Nación los créditos en papel y otros valores que le correspondían, estipularon que todos respetaban el convenio verificado por sus antecesores en la escritura de 29 de Septiembre de 1849, obligándose á dividir lo que obtuvieran en siete parte iguales, ó sea una parte para cada uno de los siete principales partícipes, eliminando á la Hermenegilda y sus hermanos del coste de la redención de la capellanía, teniendo en cuenta los gastos ya suplidos, sin perjuicio de que el coste del certificado de redención fuera de cuenta de las siete partes; que en la dificultad de reunirse todos Marcos y Urbano Lázaro y Lorenzo Muñoz autorizaban ampliamente á sus hermanos y tíos respectivos Angel Laguna y Hermenegilda Lázaro, como igualmente Alejo Martín, Ulpiano Pérez, Prudencio Salvador, Frutos Herrero, Bernabe Manso y Benito Matute autorizaban á su vez á D. Agustín Ayuso y D. Ambrosio Roldán, juntos é *insolidum* para gestionar las reclamaciones necesarias hasta recibir el crédito de la Nación y lo demás que les correspondiera perteneciente á dichas capellanías, debiendo ser satisfechos todos los gastos relativos á la redención de cargas y conmutación de bienes entre los seis nominados partícipes por iguales partes, sin que á ello tuviesen que cooperar la Hermenegilda y sus hermanos, siendo los demás gastos satisfechos por séptimas partes, y los que no fueran comunes de éstos y los demás expresados cada representación costearía los suyos:

Resultando que en el año de 1881 promovió pleito D. Galo Alonso Miguel, como apoderado de Matías Martín Nicolás contra Urbano, Marcos, Hermenegilda, Marcelo y Facundo Lázaro González sobre propiedad de los bienes pertenecientes á la mencionada capellanía, el cual terminó por transacción consignada en escritura de 15 de Junio de 1881, en la que intervinieron D. Galo Alonso Miguel, como apoderado de D. Matías Martín Nicolás, D. Agustín Ayuso García, Ulpiano Pérez Martín, Prudencio Salvador Gil, Alejo Martín García y Hermenegilda Lázaro González, acompañada de su marido Angel Laguna Martín, los cuales, con el carácter que tenían se consideraban directamente por sí y en nombre de los sujetos á quienes representaban de herederos y únicos interesados de todos los bienes, créditos, derechos y acciones pertenecientes y constitutivos del patrimonio de la capellanía fundada por D. Andrés Pérez y agregaciones á la misma, y con el fin de cortar los pleitos promovidos y que pudieran promoverse transigieron dicho asunto bajo las mismas condiciones siguientes: primera, que todos los créditos que habían de satisfacerse por la Nación, como existentes en valores de la Deuda pública en favor de la capellanía, se dividirían en dos partes, una para los que representaba D. Galo

Alonso, y otra para los otorgantes Agustín Ayuso García, Ulpiano Pérez, Alejo Martín, Prudencio Salvador y Hermenegilda García; segunda, que todas las fincas adjudicadas á esta última y demás interesados como procedentes de dicha capellanía y las que en lo sucesivo entrasen en su dominio por tal concepto, se dividirían también en dos mitades en la misma forma que los créditos; pero si dichos bienes adjudicados á la Hermenegilda y demás excediesen de la parte que pudiera corresponderles, quedarían obligados á abonar el exceso á la otra parte, sirviendo de base para ello los precios que á las fincas se hubiesen dado en las hijuelas ó títulos de su pertenencia; tercera, que todos los gastos que se ocasionasen, así para hacer efectivos los créditos de la deuda como para gestionar la adquisición de algunas fincas de la capellanía, serían satisfechos también por mitad entre las dos partes determinadas, según las anteriores condiciones; cuarta, que los gastos causados y que se causasen para la redención de las cargas eclesiásticas serían pagados por mitad, la una por los representantes de D. Galo Alonso, y la otra por los demás otorgantes, á excepción de la Hermenegilda; quinta, y que los gastos y costas del pleito se satisfarían pagando cada parte los causados á su instancia:

Resultando que sobre el cumplimiento de esta escritura entablaron pleito en el año 1884 Galo Alonso, Agustín Ayuso, Ulpiano Pérez, Alejo Martín y Prudencio Salvador contra Angel Laguna, como marido de Hermenegilda Lázaro, terminando por sentencia de 9 de Noviembre de 1885, por la que, considerando que Matías Martín Nicolás, de quien se decía apoderado Galo Alonso, había fallecido á la fecha de la presentación de la demanda, y que, además, los actores no habían cumplido las obligaciones que en la escritura se impusieron, se absolvió á los demandados, reservando á ambas partes el derecho que pudiera asistirles sobre la escritura en cuestión:

Resultando que D. Angel Laguna Martín, en representación de su esposa Doña Hermenegilda Lázaro González, dedujo en 4 de Julio de 1887 la demanda objeto de este pleito, en la que considerando nula la citada escritura de transacción de 15 de Junio de 1881, por no haber intervenido en ella Frutos Herrero González, Bernabé Manso Sanz y Benito Matute Antón, interesados en los bienes de la capellanía de que se trata, habiéndolo verificado en cambio Agustín Ayuso, sin personalidad para ello, y alegando, además, que los valores de la citada capellanía existentes en la Dirección de la Deuda habían sido cobrados en 17 de Diciembre de 1882 por D. Galo Alonso, D. Ulpiano Pérez y el mismo demandante Laguna, sin haber rendido cuentas de ello aquéllos á éste, y además que D. Agustín Ayuso se hallaba obligado á entregar á Doña Hermenegilda Lázaro 500 pesetas tan pronto como los referidos créditos fueran realizados, sin que hubiera cumplido dicha obligación, terminó suplicando que se declarase nula y sin efecto alguno legal la mencionada escritura de 15 de Junio de 1881, mandando se cumpla la otorgada en 16 de Noviembre de 1880, y condenando en su consecuencia á los demandados á que bajo juramento manifestaran cuántas y cuáles eran las fincas que poseían procedentes de la capellanía de que se trata y las que supieran que eran poseídas por otros; y á D. Galo Alonso, como apoderado de D. Matías Martín Nicolás y sus herederos, y á D. Agustín Ayuso á que entreguen las que disfrutan indebidamente, con las rentas percibidas desde que las poseían, sin perjuicio de que el representante de D. Galo use de los derechos que tenga por conveniente y á que hubiere lugar sobre los bienes de la capellanía de que se trataba por virtud del pleito seguido en 1881; que dicho D. Galo y D. Agustín Ayuso, como apoderado de D. Ulpiano Pérez y demás interesados, rindan cuenta detallada y justificada de la inversión del importe de las láminas cobradas en unión del demandante y que habían custodiado y

negociado, así como de los gastos ocasionados con ello; y que se condenase además á Agustín Ayuso á que en un término prudencial satisficiera á Hermenegilda Lázaro las 500 pesetas que se obligó á entregarle, de que se había hecho mención, con el interés legal vencido desde la fecha de la conciliación:

Resultando que con su demanda acompañó un documento extendido en papel común, fechado en Segovia á 12 de Abril de 1881 y firmado por Agustín Ayuso y por Galo Alonso, como testigo, en el cual dicho Ayuso, por sí y á nombre de D. Ulpiano Pérez, Alejo Martínez, Prudencio Salvador, Santiago Llorente, Bernabé Manso y Benito Matute, se obligó á satisfacer á Hermenegilda Lázaro, tan pronto como se hicieran efectivos los créditos existentes en la Deuda pública pertenecientes á la capellanía que fundó D. Andrés Pérez en Yanguas, la cantidad de 500 pesetas:

Resultando que D. Galo Alonso y D. Agustín Ayuso contestaron á la demanda sosteniendo la validez de la citada escritura de 15 de Junio de 1881 por haber tenido legítima representación para su otorgamiento Agustín Ayuso, como marido de Angela Martín, hija y heredera de D. Andrés Martín, interesado, fallecido, en los bienes de la capellanía de que se trataba, y por haber representado Angel Laguna y Hermenegilda Lázaro en dicho otorgamiento á los otros interesados Frutos Herrero González, Bernabé Manso Sanz y Benito Matute Antón; alegando, además, que si por la falta de concurrencia de éstos pudiera declararse nula dicha escritura, lo sería sólo á instancia de los mismos, cuya representación en los autos no tenían los demandantes; y que, por otra parte, Agustín Ayuso no venía obligado al pago de 500 pesetas á Hermenegilda Lázaro, de que antes se había hecho mención, hasta tanto que ésta entregase las fincas de la capellanía de que se trataba en la parte correspondiente en cumplimiento de lo estipulado en la citada escritura de transacción de 15 de Junio de 1881, terminando con la súplica de que se declarase no haber lugar á resolver lo que se pretendía en la demanda por haberse ejercitado en la misma acciones que no se dirigían contra algunos de los demandados, y porque la persona ejercitada sobre lo principal no era la procedente para hacer uso sobre derechos en bienes de todas clases de la capellanía de que se trata, y que si á ello no hubiese lugar se resolviera que la escritura de 15 de Enero de 1881 era eficaz, y que por ella venía la parte demandante obligada á entregar á D. Galo Alonso la mitad de los bienes que poseía de la capellanía de que se trata, y que Agustín Ayuso, por sí y por los demás copartícipes con la Hermenegilda Lázaro, con la mitad de ellos á los mismos correspondientes no venía obligado á entregar á la misma las 500 pesetas que reclamaba mientras ella por su parte no cumpliera las obligaciones contraídas en la citada escritura de transacción, cuya nulidad pretendía, alegándose además en el escrito de contestación: que la cuenta relativa á los créditos cobrados en la Dirección de la Deuda, como pertenecientes á la capellanía, fué rendida por D. Galo Alonso y aprobada, quedando en poder de Ulpiano Pérez la mitad del líquido resultante correspondiente á la parte de Hermenegilda Lázaro y poderdantes, al cual podían reclamarle sus respectivas partes alícuotas, quedando D. Galo Alonso con la otra mitad correspondiente á su representación, según la escritura de transacción de 15 de Junio de 1881:

Resultando que con el escrito de contestación se presentó un documento privado, firmado en Segovia á 10 de Diciembre de 1882 por Ulpiano Pérez, confesando haber recibido por mano de Galo Alonso 24.000 reales en papel del 3 por 100, que eran los que les habían correspondido después de haber pagado la redención de la carga que les pertenecía, y además gratificaciones que había habido que hacer, habiendo venido á tocar cada parte de las dos á dicha cantidad:

Resultando que reproducidos por el demandante en el escrito de réplica los hechos y fundamentos de derecho de la demanda, los demandados, al duplicar, presentaron, con las protestas necesarias para su admisión, un documento privado que contiene la partición hecha en 27 de Enero de 1851 en Yanguas, y firmado por los interesados en 5 de Marzo siguiente de los bienes de la capellanía que en la iglesia parroquial de dicho pueblo fundó el Licenciado D. Andrés Pérez, sus unidos y agregados entre Pedro Matute, vecino de Garcillán; Angela González, que lo era de Carbonero de Alusín, León Matute y Vicente Lázaro, maridos respectivamente de Isabel Martín y Vicenta González; José y Andrés Martín, todos vecinos de Yanguas, en la cual aparece la adjudicación de los que en la misma correspondieron á Angela González como una de los cinco herederos de Juan Pérez, ascendiente á 1.200 reales:

Resultando que suministradas por las partes pruebas de testigos y posiciones, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 3 de Junio de 1890 sentencia confirmatoria, con las costas, fallando haber lugar á declarar en estos autos y á la sola instancia de los demandantes la nulidad que solicitaban de la escritura de transacción de 15 de Junio de 1881, ni acordar nada de lo demás que, como consecuencia de dicha nulidad, se pretendía en la demanda, absolviendo de la misma en cuanto á dichos extremos á los demandados; declarando que D. Galo Alonso no venía obligado, por haberlo verificado ya, á la rendición de cuentas y entrega de valores pertenecientes á la capellanía de que se trataba, cobrados de la Dirección general de la Deuda pública, absolviéndole asimismo de la demanda por dicho extremo, con reserva á los demandantes de su acción para que pudieran dirigir contra D. Ulpiano Pérez su reclamación de la parte que de los mencionados valores le pudiera corresponder, así como á los demás interesados para que de la propia manera pudieran ejercitar, si les conviniese, las que pudiera corresponderles contra la escritura de 15 de Junio de 1881; condenando, por último, al demandado Agustín Ayuso García á pagar á Hermenegilda Lázaro, y en su representación á su marido Angel Laguna Martín, las 500 pesetas que le reclamaba y el interés legal de 6 por 100 de las mismas desde el día 2 de Junio de 1887, fecha de la conciliación previa á este juicio, y los demás que se devengasen hasta el efectivo pago, sin hacerse condenación de costas de la primera instancia:

Resultando que D. Angel Laguna Martín, como marido de Doña Hermenegilda Lázaro, ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal en repetidas sentencias, entre ellas la de 12 de Febrero de 1859, de que la transacción hecha por dos no perjudica á tercero, toda vez que se negaba la nulidad de una escritura de transacción que perjudicaba á Frutos Herrero, Bernabé Manso y Benito Matute sin haber concurrido á ella;

Y 2.º La ley 28, tít. 11, Partida 5.ª, que dice que la obligación fundada en causa falsa no produce efecto legal por conceder este efecto á una escritura de transacción de un litigio á que había concurrido D. Agustín Ayuso que no había sido parte en él.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que son inaplicables, y no han podido infringirse la ley y doctrina citadas en los dos motivos del recurso, porque la sentencia, en atención á los diversos fundamentos que contiene, se limita á resolver acerca de la escritura de 15 de Junio de 1881, que no ha lugar á declararla nula en este pleito, y á instancia sólo de los demandantes, hoy recurrentes, reservando expresamente á los demás interesados las acciones

que puedan corresponderles en contra de la eficacia del referido instrumento público;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Angel Laguna Martín en representación de su esposa Doña Hermenegilda Lázaro, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará, si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, no haciendo declaración sobre costas por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Mayo del mismo año.)

102

RECURSO DE CASACIÓN (7 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Abono de daños y perjuicios*.—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Iglesias en pleito con D. José Camiña (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que la existencia de dolo ó engaño es un punto de hecho en que hay que estar á la apreciación de la Sala sentenciadora, y no cabe alegarlo fuera de los recursos establecidos en la ley de Enjuiciamiento civil contra el que ha obtenido solemnemente de los Tribunales una declaración de derecho.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Villafranca del Bierzo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por D. Manuel Iglesias López, labrador, vecino de Pereje, con D. José Camiña Fragua, propietario vecino de Villafranca, sobre abono de daños y perjuicios, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación por el Letrado D. Emilio Bravo y el Procurador D. Constantino Rodero, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que D. Manuel Iglesias López recibió de D. Joaquín Díaz Puelles, la suma de 250 pesetas en 30 de Agosto de 1885 por término de un año y con el interés anual de 12 por 100 y bajo la garantía de D. José Camiña Fragua que se constituyó en fiador solidario:

Resultando que en 23 de Junio del siguiente año 1886, el citado fiador Camiña demandó á Iglesias en juicio verbal ante el Juzgado municipal de Trabadelo para que le garantizase los 1.000 reales afianzados por él en el anterior documento, y á la vez pidió embargo preventivo en los bienes del mismo demandado Iglesias, para asegurar las resultas de dicho juicio verbal, cuyo embargo fué decretado y se llevó á efecto en diferentes frutos, pendientes en fincas que cultivaba Camiña, siendo después ratificado en la sentencia que el Juez municipal dictó de conformidad con lo pedido por Camiña en su demanda; pero por sentencia del mismo Juzgado municipal de 19 de Julio siguiente, se declaró que D. Francisco Soto tenía preferente derecho al de Camiña para cobrar la cantidad de 910 reales por razón de rentas que le debía Iglesias con el producto de los bienes embargados:

Resultando que D. Manuel Iglesias satisfizo á Camiña en 30 de Agosto de dicho año 1886, las 250 pesetas del préstamo hecho por Díaz Puelles con el interés correspondiente, relevando Camiña á Iglesias, en el recibo que al efecto se extendió, de toda responsabilidad, con lo cual quedó terminado el juicio verbal susodicho; y habiendo Camiña demandado de nuevo á Iglesias ante el mismo Juzgado municipal para que le pagara 170 reales por las costas que tenía satisfechas en aquel juicio y á cuyo pago

había sido él condenado, se dictó sentencia en tal sentido en 29 de Noviembre, para cuya ejecución le fueron embargados á Iglesias otros frutos:

Resultando que con tales antecedentes dedujo D. Manuel Iglesias en el Juzgado de primera instancia de Villafranca del Bierzo en 20 de Febrero de 1888, la demanda de este pleito, con la solicitud de que se declarase en definitiva que D. José Camiña estaba obligado á abonarle los daños y perjuicios que se le habían causado con la demanda improcedente por el mismo deducida ante el Juzgado municipal de Tabadelo, y con los embargos de frutos que en el mismo juicio constaban; y en su apoyo alegó que todo el que ejecuta un acto en que exista culpa ó negligencia, está obligado á la reparación del perjuicio ocasionado á tercero; y que es necesario reparar los daños causados por culpa ó negligencia:

Resultando que D. José Camiña impugnó la demanda haciendo notar que en el acto del juicio verbal sobre afianzamiento del préstamo, reconoció Iglesias que era justo y legítimo lo que se le exigía, y en aquel mismo acto ofreció á Iglesias que si satisfacía desde luego las 250 pesetas le perdonaba los intereses corridos y las costas causadas hasta entonces; pero que no habiéndolo hecho Iglesias siguió el juicio hasta que en 30 de Agosto quedó paralizado con el pago por parte de Iglesias de las 250 pesetas: que la relevación de responsabilidad expresada en el documento en que se hizo constar aquella entrega, se contrajo á la deuda principal y réditos, pero de ninguna manera á las costas; y que el embargo preventivo, venta de frutos y adjudicación de los mismos eran actos lícitos y válidos que no podían entrañar perjuicios indebidos, pues se hallaban fundados y autorizados por providencias y sentencias ejecutorias pronunciadas en los juicios seguidos ante el Juzgado municipal de Trabaledo, por lo que resultaba evidente que las cuestiones que se proponían en la demanda se hallaban juzgadas irrevocablemente:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites de ley y en dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid sentencia confirmatoria, absolviendo á D. José Camiña Fragua de la demanda interpuesta por D. Manuel Iglesias López con imposición á éste de todas las costas:

Resultando que D. Manuel Iglesias López interpuso recurso de casación por considerar infringidos:

1.º Las leyes 29 y 30, tít. 2.º, Partida 5.ª, que dicen: que el dolo ó engaño sujeta á responsabilidad en todas las obligaciones; porque al demandar Camiña al recurrente para garantir el débito contraído entre ambos con Díaz Puelles, procedió con dolo, quedando, por tanto, sujeto á la responsabilidad de los daños causados;

2.º La ley 3.ª, tít. 14, Partida 5.ª, que dice: que en la obligación á día ó plazo cierto señalado nada puede pedirse hasta que llegue el día, toda vez que es claro y evidente que si el mismo acreedor no puede pedir nada contra el deudor hasta tanto llegue el día del vencimiento de la obligación, menos le ha de ser permitida esta petición al fiador que, sin necesidad ni obligación para ello, acepta la responsabilidad de la fianza, porque entonces sería considerar su derecho más absoluto que el del acreedor:

3.º Las leyes 3.ª, tít. 16, Partida 7.ª, y 29, tít. 11, Partida 5.ª, que dicen: que el dolo ó engaño sujetan á responsabilidad en todas las obligaciones:

4.º La ley 2.ª, tít. 1.º de la Partida 5.ª, que establece: que se deben restituir las cosas al vencimiento del plazo y en el lugar designado en el contrato:

5.º La ley 1.ª, tít. 12, Partida 5.ª, que dice: que la fianza es un contrato por el cual se obliga uno á pagar la deuda ó cumplir la obligación de otro si éste no lo hace; siendo, por lo tanto, accesorio de otro principal; en el concepto de que habiéndose comprometido el recurrente á pagar á Díaz

Puelles en un plazo fijo y cierto una cantidad de dinero que le dió en préstamo, de cuya obligación salió fiador Camiña, y no pudiendo saberse si el recurrente cumple ó no el contrato de préstamo hasta que llegue el plazo fijado en la obligación, es evidente que hasta entonces no puede el fiador hacer nada contra el fiado:

Y 6.º La sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1857, que dice: que los plazos que se conceden al deudor para devolver la cantidad que recibe, son un derecho estipulado á su favor para facilitarle el cumplimiento de un contrato, por cuya razón D. José Camiña que atropelló tal derecho del recurrente, viene obligado á las responsabilidades que por ello le puedan sobrevenir.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la existencia de dolo ó engaño en que se fundan los motivos 1.º y 3.º es un punto de hecho en que hay que estar á la apreciación de la Sala sentenciadora, que en este caso no lo ha estimado, ni cabe alegarlo fuera de los recursos establecidos en la ley de Enjuiciamiento civil contra el que ha obtenido solemnemente de los Tribunales una declaración de derecho:

Considerando que desestimada la demanda del recurrente por la fuerza de lo anteriormente juzgado, carecen de oportunidad y no han podido por lo tanto ser infringidas las leyes y doctrinas invocadas en los motivos 2.º, 4.º, 5.º y 6.º, referentes todas al fondo de la cuestión irrevocablemente fallada, cuando Camiña exigió á Iglesias el pago de la cantidad que había afianzado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Iglesias López, á quien condenamos en las costas, y al pago, si viniere á mejor fortuna, de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá entonces con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 7 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Mayo del mismo año.)

103

RECURSO DE CASACIÓN (8 de Abril de 1891).— Sala primera. — *Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Pascual Tur en pleito con Doña Justina Domínguez (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

Que es procedente la sentencia absolutoria de la demanda entablada contra el deudor por el heredero propietario del acreedor para el reintegro de la cantidad que el primero pagó indebidamente al heredero usufructuario, si de éste es también hijo y heredero el demandante y no se ha demostrado que no dejara bienes suficientes para indemnizar á su hijo de la cantidad que indebidamente recibió:

Que la sentencia sería también procedente, porque habiendo cobrado del deudor dicha cantidad el padre del demandante, vendría obligado éste, su heredero, á la devolución de las cantidades percibidas como continuador de la persona de aquél, lo mismo para los derechos que para las obligaciones.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Lorca y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Pascual Tur y García, empleado, vecino de Valencia, en concepto de tutor del menor D. Luis García Villaza, repre-

sentado por el Procurador D. Ignacio de Santiago y defendido por el Letrado D. Pedro Díaz Cassou con Doña Justina Domínguez y Ruiz Jiménez, soltera, vecina de esta corte, y en su nombre el Procurador D. Fidel Serrano bajo la dirección del Doctor D. Germán Gamazo, sobre pago de pesetas:

Resultando que Doña Amalia Julián y Domínguez, en escritura otorgada en la ciudad de Palma á 15 de Abril de 1862, reconoció haber recibido en calidad de préstamo de D. Juan Pascual García Montaner 4.500 pesos fuertes con interés anual de 9 por 100, ofreciendo su devolución para el día 15 de Abril de 1868, hipotecando diferentes fincas, é inscribiéndose la escritura en el Registro de la propiedad de Lorca; crédito que se aumentó en 1.000 duros más en escritura de 30 de Agosto de 1871, formando un sólo crédito que importaba 5.500 duros con interés de 9 y cuartillo por 100, y que había de ser devueldo el 17 de Abril de 1873, hipotecándose de de nuevo todas las fincas relacionadas en la anterior escritura y otras más que se adicionaron, de todo lo cual se tomó razón oportunamente en el Registro de la propiedad:

Resultando que D. Pascual García Montaner falleció en 17 de Junio de 1874 con testamento otorgado en 2 de Julio de 1864, en el que instituyó heredero universal usufructuario para durante su vida á su hermano Don Jorge García Montaner, y propietario al hijo ó hijos suyos varones ó hembras que dicho su hermano eligiera y nombrara, y si no hiciese tal nombramiento sería heredero suyo universal el hijo varón mayor de dicho su hermano que le sobreviviera, haciendo otros nombramientos ó sustituciones para el caso de morir sin descendientes:

Resultando que para satisfacer al Estado D. Jorge García Montaner los derechos de transmisión de bienes é inscribir los que formaban la herencia de su difunto hermano en los correspondientes Registros de la propiedad, otorgó escritura en 21 de Diciembre de 1874, en la cual, consignando las disposiciones del testamento de aquél, describió los bienes de que tenía conocimiento, y entre ellos el crédito hipotecario de 27.500 pesetas é intereses contra Doña Amalia Julián y Domínguez, habiéndose inscrito la primera copia de esta declaración en el Registro de la propiedad de Lorca en 18 de Marzo de 1876:

Resultando que por escritura otorgada en la ciudad de Alicante á 2 de Agosto de 1876 por D. Jorge García Montaner y D. José Selgas Carrasco, como apoderado de Doña María Josefa Ruiz Jiménez, sucesora de Doña Amalia Julián y Domínguez, confesó el primero haber recibido de la segunda, por mano de su apoderado, la cantidad de 35.256 pesetas 75 céntimos, de las cuales 27.500 eran por capital del préstamo referido y las restantes por los intereses vencidos hasta aquella fecha; cancelando las hipotecas constituídas en las escrituras mencionadas, como en efecto lo fueron en el Registro de la propiedad de Lorca en 23 de dicho mes de Agosto:

Resultando que D. Jorge García Montaner falleció intestado en 20 de Agosto de 1872, sin haber designado el hijo que había de heredar en propiedad los bienes de su hermano D. Pascual; pero habiendo dejado tan sólo uno menor, D. Luis García Villaza, el Juez de primera instancia de Jijona, por auto de 12 de Octubre de 1878, le declaró único y universal heredero en propiedad de los bienes de su tío paterno D. Pascual García Montaner con arreglo al testamento bajo el cual falleció, y heredero abintestato de su padre D. Jorge García Montaner, con derecho á sucederle en todos sus bienes, derechos y acciones; habiéndose consignado por los actuarios de dicho Juzgado de Jijona que no se hizo inventario por haberse remitido el expediente al Juzgado de Alicante, que lo había reclamado:

Resultando que D. Juan Eulogio Tur, como tutor dativo del menor D. Luis García Villaza dedujo demanda en 4 de Octubre de 1879 para que

se condenase á D. Fulgencio Jaén Martínez, Registrador de la propiedad de Lorca, al pago de la cantidad de 27.500 pesetas de capital y 3.815 con 72 céntimos por los réditos que estaban en descubierto hasta 7 de Septiembre de 1870, y los otros intereses hasta el abono de dicho capital, fundando su reclamación en que careciendo D. Jorge García Montaner de aptitud legal para cobrar aquel crédito, en razón á ser heredero únicamente usufructuario de su hermano D. Pascual, la escritura de enajenación entrañaba un vicio de nulidad que debió servir de motivo más que suficiente para denegar su inscripción en el Registro:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, por sentencia de 5 de Diciembre de 1881, condenó á D. Fulgencio Jaén y Martínez, Registrador de la propiedad de Lorca, al pago de la cantidad reclamada y sus intereses, é interpuesto por el Registrador recurso de casación, este Supremo Tribunal, por sentencia de 7 de Junio de 1882, declaró no haber lugar á dicho recurso, estableciendo entre otros fundamentos que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelan sino por providencia ejecutoria ó por otra escritura ó documento auténtico en el cual expresase su consentimiento para la cancelación la persona á cuyo favor se hubiere hecho la inscripción, y no teniendo esta representación D. Jorge García Montaner, no obstante lo cual el Registrador calificó favorablemente su capacidad y verificó la cancelación, había incurrido en la responsabilidad que á los Registradores señalaban los artículos 18 y 313 de la ley Hipotecaria, así como de esta responsabilldad nació una acción solidaria directa é inmediata contra el Registrador y la persona favorecida por su falta, que el perjudicado D. Luis García Villaza había debido ejercitar en juicio contradictorio, con arreglo á los artículos 318 y 321, y no en la vía gubernativa, reservada para la discusión de otras faltas administrativas ó menos graves en que los Registradores podían incurrir:

Resultando que en ejecución de esta sentencia, y usando el curador del menor del derecho que le concede el art. 319 de la ley Hipotecaria, de dirigir su acción contra Doña Justina Domínguez Ruiz Jiménez, responsable solidariamente con el Registrador, según el art 318, solicitó que se procediera al embargo de sus bienes, cuya pretensión se estimó y llevó á efecto:

Resultando que en su virtud Doña Justina Domínguez promovió incidente para que se declarase la nulidad del procedimiento seguido contra ella, toda vez que no había sido condenada en la sentencia, ni nada debía á D. Luis García Villaza, y sustanciado el incidente en dos instancias fué desestimado por sentencia de la Audiencia de Albacete, mandando que continuasen las actuaciones para el cumplimiento de la ejecutoria:

Resultando que interpuesto por Doña Justina Domínguez recurso de casación, este Supremo Tribunal, por sentencia de 17 de Octubre de 1887, casó y anuló la sentencia recurrida, por considerar infringida la doctrina de que el fallo dictado en un pleito no perjudica por lo general al que no ha litigado, debiendo en todo caso ajustarse su ejecución á sus términos; y que si bien el art. 318 de la ley Hipotecaria establece que el favorecido por la falta del Registrador es solidariamente responsable de la indemnización á que éste sea condenado, no determina forma extraordinaria para hacer efectiva tal obligación, que debe realizarse como todas por el procedimiento legal y con las garantías fundamentales del derecho de defensa y del de acierto del juicio, declarando en la segunda sentencia nulo el procedimiento seguido contra Doña Justina Domínguez, reservando á D. Luis García Villaza las acciones que pudiera ejercitar con arreglo á derecho contra aquélla:

Resultando que haciendo uso de esta reserva D. Pascual Tur y García, como tutor del menor D. Luis García Villaza, que dijo no podía tener otro

objeto que exigir de Doña Justina Domínguez el cumplimiento de la obligación solidaria que le imponía la ley, y fundado en los artículos 318 y párrafo segundo del 319 de la ley Hipotecaria y en las sentencias mencionadas de este Supremo Tribunal de 7 de Junio de 1882 y 17 de Octubre de 1887, dedujo en 14 de Noviembre del propio año 1887 la demanda objeto de este pleito, para que se condenase á Doña Justina Domínguez Ruiz Jiménez á pagar al menor demandante la cantidad de 63.930 pesetas 94 céntimos que le era en deber por los conceptos mencionados, con más los intereses estipulados hasta la total solvencia y las costas:

Resultando que Doña Justina Domínguez Ruiz Jiménez contestó á la demanda, alegando: que la Real orden de 28 de Agosto de 1876 dictada para establecer las reglas que en lo sucesivo habían de tener presentes los Notarios y Registradores en los contratos sobre enajenación de bienes ó extinción de los derechos reales de los menores no emancipados, prevenía en su art. 3.º que, conforme á lo dispuesto en el art. 18 de la ley Hipotecaria, los Registradores no admitirán á inscripción los documentos en que se extingan derechos reales de la propiedad de los menores cuando no constare que los otorgantes han obtenido previamente la oportuna autorización; que reunen por lo mismo la capacidad necesaria para otorgarlos; no obstante podrán inscribirse los documentos ó escrituras otorgadas sin este requisito con anterioridad á la publicación de aquella Real orden si los interesados los subsanaren, solicitando y obteniendo en cualquier tiempo la referida autorización; que igual doctrina se sentaba en la resolución de la Dirección general de los Registros de 30 de Agosto de 1876, en la cual, si bien se denegaba la inscripción de una escritura en que el padre cancelaba hipotecas constituídas en beneficio de sus hijos menores, se expresa que atendida la prioridad de la fecha del documento á la de la Real orden enunciada á tenor del art. 3.º de la misma, sería aquél inscribible siempre y cuando los interesados subsanaren el defecto solicitando y obteniendo en cualquier tiempo la autorización judicial; que de estas disposiciones se deducía que antes de 26 de Agosto de 1876 el padre podría sin autorización judicial cancelar la hipoteca constituída á favor de los hijos menores no emancipados, y el documento era inscribible desde luego, habiéndolo así declarado este Supremo Tribunal, interpretando y aplicando la ley 24, tít. 13 de la Partida 5.ª, en sentencias de 8 de Mayo de 1861, 13 de Febrero de 1864, 25 de Octubre de 1866 y 18 de Mayo de 1878; que la misma Real orden declaraba en el sexto considerando que los padres en calidad de usufructuarios y administradores del peculio adventicio de sus hijos, pueden cobrar los créditos de éstos y expedir los oportunos recibos, de modo que en ningún caso tendría el actor derecho para reclamar lo que su padre cobró legítimamente, según la misma disposición que había servido de motivo para cambiar el curso de la jurisprudencia, habiéndolo entendido así también este Supremo Tribunal en la sentencia de 1.º de Marzo de 1886, que interpretando y aplicando las leyes 1.ª, 3.ª y 5.ª, tít. 17 de la Partida 4.ª, declara: que no puede negarse á un padre el derecho de cobrar los créditos correspondientes á sus hijos, siendo por consiguiente legítimos los pagos que realizasen los deudores, á quienes por tanto no podría válidamente reclamarse la cantidad pagada; que aun en la hipótesis de que la causante de la demandada hubiese hecho una paga indebida, había lugar á repetirla de quien la recibió y de sus herederos, y tomando á su cargo el heredero que aceptaba y ocupaba una herencia sin beneficio de inventario las deudas del causante D. Luis García Villaza, que aceptó sin dicho beneficio la herencia de su padre, estaba obligado á pagar las deudas que éste contrajo; que para que pudieran reclamarse intereses, era requisito indispensable que existiera una deuda y que el deudor se hubiera constituído legalmente en mora, y como Doña

Justina Domínguez nada debía á García Villaza, ni en cualquiera caso existiría la mora legal, era claro que se hallaba á cubierto de toda responsabilidad; y además, siendo los intereses la renta que devenga el dinero prestado, y habiendo Doña Justina satisfecho el capital del préstamo, las rentas que aquél debió producir las percibió D. Jorge García Montaner, primero, y después su hijo D. Luis, sucesor en los derechos y obligaciones de su padre, terminando por todo ello con la pretensión de que se declarase: primero, que fué bien hecha la paga de la suma que Doña Amalia Julián Domínguez debía á D. Pascual Montaner, según la escritura de 7 de Septiembre de 1870; y segundo, que en cualquier caso el menor demandante sería responsable de la cantidad recibida por su padre D. Jorge; y en su consecuencia, absolver á la demandada, imponiendo perpetuo silencio y las costas al actor:

Resultando que el demandante replicó alegando que su padre falleció pobre y sin bienes de ninguna clase, no heredando, por consiguiente, nada del mismo; que el art. 65 de la ley de Matrimonio civil únicamente concede á los padres el derecho de administrar y usufructuar los bienes de sus hijos; y que el párrafo tercero de la Real orden de 28 de Agosto de 1876 se contraía á las escrituras de fecha anterior para los efectos de pagar y cancelar al mismo tiempo, obteniendo para ambas cosas la autorización judicial, pero no para cancelar las hipotecas, habiendo hecho el pago anticipadamente sin aquella necesaria autorización:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete dictó en 19 de Mayo de 1890 sentencia revocatoria absolviendo á Doña Justina Domínguez de la demanda deducida por la representación del menor D. Luis García Villaza, sin hacer expresa condenación de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que D. Pascual Tur y García, como curador del menor Don Luis García Villaza, ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 318 de la ley Hipotecaria, que la sentencia no consideraba aplicable, no obstante que por error, malicia ó negligencia de un Registrador hubo quien se libertó de una obligación inscrita:

2.º La jurisprudencia de este Supremo Tribunal, en cuanto por su sentencia de 7 de Junio de 1882, tratándose de este mismo Registrador y de estos mismos hechos, se estableció que el Registrador incurrió en responsabilidad, y de esta responsabilidad nació una acción solidaria que el perjudicado debía ejercitar en juicio, conforme á los artículos 318 y 321 de la ley Hipotecaria; que después, y con motivo de haberse querido extender la responsabilidad del Registrador Jaén á la solidariamente obligada, que era precisamente la hoy recurrida, este Supremo Tribunal insistió en la jurisprudencia que tenía sentada sobre ser el aplicable al caso el art. 318 de la ley Hipotecaria, si bien no debía hacerse su aplicación en la forma que se había intentado; jurisprudencia que se infringía y de que se desentendía el fallo, entendiendo no ser aplicable el art. 318, sino el 317:

3.º Las dos citadas sentencias de este Supremo Tribunal, en cuanto por ambas vino á juzgarse del caso y á declararse formulando máximas de jurisprudencia que de la responsabilidad en que había incurrido el Registrador nació una acción solidaria, directa é inmediata contra el mismo, y la persona favorecida por su falta, que el perjudicado había debido ejercitár en juicio contradictorio, conforme al art. 318, y cuando, guiándose por estas sentencias, el perjudicado interponía acción solidaria, conforme á dicho artículo, se decía por la Audiencia que no había tal solidaridad ni el artículo era aplicable;

Y 4.º El mismo art. 318, erróneamente interpretado, en cuanto se afir-

maba que sólo debió considerarse favorecido el que cobró y no la que pagó, y que no procedería aplicarse á caso en que faltaba prueba de que el padre del perjudicado no dejó bienes bastantes para indemnizar á su hijo de lo que cobró indebidamente, pues la ley no distinguía y el artículo no limitaba su aplicación al caso que decía la sentencia, por lo cual en todo aquel que hubiera uno libertado de una obligación, por negligencia ó malicia del Registrador, habría un favorecido á quien un precepto especial obligaba á indemnización, como otros preceptos de la ley obligaban á reiterar el pago hecho indebidamente en la necesidad y con el objeto de evitar ciertas confabulaciones más fáciles, cuando, como en este caso sucedió, el pago fué confesado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que el recurrente D. Luis García Villaza es heredero de su padre D. Jorge García Montaner, sin que, según la sentencia declara, se haya demostrado que éste no dejara bienes suficientes para indemnizar á su hijo de la cantidad que indebidamente recibió:

Considerando que aun en el supuesto de que las infracciones que se alegan en los cuatro motivos del recurso, dirigidos todos contra los considerandos de la sentencia recurrida, pudieran estimarse como tales, todavía sería procedente la absolución de Doña Justina Domínguez, puesto que habiendo cobrado de la causante de ésta D. Jorge García Montaner el importe de los préstamos é intereses asegurados con la hipoteca, vendría obligado su heredero, el hoy recurrente, á la devolución de las cantidades percibidas como continuador de su persona lo mismo para los derechos que para las obligaciones;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pascual Tur y García, como curador del menor D. Luis García Villaza, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Albacete la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 8 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Mayo del mismo año.)

104

Recurso de casación (10 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Declaración de testamento sacramental.*—No ha lugar al interpuesto por Don José Molins en pleito con Doña María Blay y otros (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que el testamento sacramental, aunque privilegiado, exige en el que le otorga ánimo deliberado de testar y la manifestación de su voluntad ante testigos.

Que esto supuesto, no infringe el capítulo 48 del privilegio recognoverunt proceres, *ni la doctrina establecida en las sentencias de 28 de Diciembre de 1872 y 28 de Abril de 1885, la que no da lugar á elevar á testamento sacramental la supuesta última voluntad de una persona, si la Sala, apreciando la prueba, declara que la testifical suministrada por el demandante no ofrece la conformidad bastante para estimar testamento las palabras que se dice pronunció el supuesto testador, tomando además en cuenta el estado de éste, y el haber otorgado dos meses antes testamento ante Notario público.*

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Abril de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, por D. José Molins y Oliana, y en los que han sido partes Doña Ma-

ría Blay y Salvadó, D. Jaime Piñana y Calafell, que se separó de los mismos, y el Ministerio fiscal, sobre declaración de testamento sacramental, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Molins, dirigido y representado por el Licenciado Don Leopoldo Cortinas y el Procurador D. Ramón Conesa, no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo Doña María Blay:

Resultando que D. Pelegrín Oliana y Mumbrú, de sesenta y tres años, viudo, propietario y vecino de Barcelona, otorgó en 17 de Octubre de 1888 por ante el Notario de aquella ciudad D. Melchor Canal, testamento nuncupativo, en el cual legó á D. Jaime Piñana y Calafell la casa que tenía en la calle de Tiradores de la misma ciudad, con la obligación de pagar 2.500 pesetas que era en deber, é instituyó por su heredera universal á Doña María Blay y Salvadó, á sus libres voluntades:

Resultando que fallecido D. Pelegrín Oliana en 1.º de Enero de 1889, en 25 del mismo mes D. José Molins y Oliana compareció en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de la referida ciudad, exponiendo: que aquél no tenía más próximo pariente que el dicente, viviendo solo en compañía de una sirviente que había tomado hacía poco, y durante su vida había otorgado diferentes testamentos, haciendo legados á personas extrañas, hasta que en los últimos días de su enfermedad, y queriendo dar una prueba de mucho afecto á su sobrino y único pariente el compareciente, aprovechó la ocasión de que fueran á visitarle cierto día varias personas de su más íntima amistad, para manifestarles de una manera solemne su deliberado propósito de dictar su última voluntad, revocando todo testamento anterior, pues no lo había hecho con entera libertad de conciencia, y quería fuese su único heredero el D. José Molíns, á quien el testador llamaba el cojito, por ser, en efecto, cojo; á cuyo fin, el día 23 de Diciembre, á las dos de la tarde, habiendo ido á visitar á Oliana sus íntimos amigos D. Pedro Barberá y Gibernau, D. Juan Oliva y Fábregas y D. Enrique Comas y Montaner, previendo un fatal desenlace en la enfermedad que sufría, dando la casualidad que se encontraran los tres en aquella ocasión en la casa del mencionado D. Pelegrín, les manifestó su deliberado propósito de ser su última voluntad hacer testamento en el sentido expresado, pues no quería que subsistiesen los demás que había otorgado, especialmente el último de ellos, que calificó de disbarat (disparate), que le hicieron hacer en un momento de preocupación, por ser su único deseo que fuese heredero suyo universal de cuanto poseyera en la actualidad y pudiese en lo futuro poseer, su dicho sobrino José Molíns; y una vez pronunciadas estas sacramentales palabras se echó á llorar y quiso abrazarles á todos, encargándoles especialmente que protegieran sobre todo á su repetido sobrino é hicieran valer esta su última voluntad; constituyéndolo explicado un verdadero testamento sacramental con todas las circunstancias y requisitos exigidos por el cap. 48 del *Recognoverunt proceres*, y procedía se elevara á escritura pública; por todo lo cual, señalando los domicilios de las tres mencionadas personas á quienes manifestó D. Pelegrín Oliana su última voluntad, estando dispuestas á adverarla, pidió se mandara citar y llamar por edictos á los que se creyeran con derecho á la herencia del D. Pelegrín y quisieran presenciar el juramento de los testigos, para que comparecieran en el día y hora que se fijara en el altar de Santa Cruz de la iglesia de San Justo; y una vez recibidas á aquéllos sus declaraciones, y estando éstas contestes, y con todas las circunstancias exigidas por el derecho, se mandara elevar á testamento sacramental la expresada última voluntad y protocolizarla en debida forma:

Resultando que, publicados los edictos, compareció Doña María Blay y Salvadó presentando escrito en que manifestó ser completamente inexacto que D. Pelegrín Oliana otorgara testamento ni disposición alguna

testamentaria sacramental, como probaría, y daba la voz de alerta para que no se pudiera sorprender la buena fé del Juzgado por medio de testigos que ni siquiera conocían al testador, causando perjuicios tal vez difíciles de reparar á la Doña María, única heredera en fuerza del testamento de 17 de Octubre de 1888, el cual acompañó y se testimonió en autos; y que el D. Pelegrín se vió obligado á expulsar de su casa al Molins por su mal proceder; habiéndose amañado la supuesta declaración de última voluntad de D. Pelegrín Oliana, que no tenía capacidad ni estaba en el uso de sus facultades intelectuales en el día en que se suponía haberla manifestado, y pidió fuesen repreguntados los testigos en el acto de declarar:

Resultando que comparecido también D. Jaime Piñana, legatario de Oliana en el referido testamento de 17 de Octubre de 1888, presentó pliego de repreguntas para los antes expresados testigos, y en el día, hora y lugar señalados se recibió declaración á los mismos, manifestando Barberá, del comercio y propietario, que el día 23 de Diciembre, á las dos de la tarde, poco más ó menos, fué á visitar á Oliana, sabiendo que estaba enfermo, y estuvo hablando con él, quien le contestaba con palabras claras que denotaban el buen estado de sus facultades intelectuales, presentándose entonces D. José Oliva y D. Enrique Comas, y al ver el enfermo á Oliva le abrazó y manifestó á la vez ó poco después que aprovechaba la ocasión de hallarse los tres reunidos para manifestarles que había hecho un disparate y lo quería reparar; que la única y exclusiva disposición de su última voluntad era dejar todos sus bienes muebles é inmuebles al pobre *coixet*, su sobrino José Molins; seguidamente le vió arrojar lágrimas y se salió de la habitación, quedando allí los otros dos; que éstos y él estuvieron atentos escuchando de boca del enfermo, en un solo acto, las palabras que, contestando en catalán, manifestó, á su entender, libre y espontáneamente ser su última voluntad, y que quería prevaleciera como testamento; y aun cuando ni particularmente ni á los otros dos les dijo que dieran testimonio de esas manifestaciones, entendió el testigo ser la voluntad de Oliana que lo dieran: Oliva, mercader ambulante, dijo que fué á ver al enfermo á las tres de la tarde, encontrando allí á Comas, y en cuanto oyó Oliana al testigo le llamó por medio de Peret, cuyo apellido ignoraba, para que fuera á verlo con Comas, por lo cual entró en la alcoba del enfermo; que al preguntarle por su estado, le contestó con el habla algo confusa, si bien le pareció estaba en su entero y cabal juicio, entendiéndosele bastante bien las palabras que pronunciaba; que ya los tres presentes, manifestó Oliana que dejaba todos sus bienes muebles é inmuebles á su sobrino José Molins, porque había hecho antes una cosa mal hecha, ó sea que había dejado los bienes á otras personas; manifestaciones que, prestando los tres atención, oyeron en un solo acto de boca de Oliana, quien concluyó por decirles y rogarles, llorando, que lo hicieran constar siempre que conviniera, y diesen testimonio de su última voluntad, sin que dijera que quería sirviera de testamento, y según el criterio del declarante, lo que hacía era una cosa de poco valor; y que si bien el enfermo estaba, á su parecer, en sano y cabal juicio, el testigo comprendió que se hallaba asediado por exigencias de los que le rodeaban; y Comas, Teniente de Caballería, afirmó haber ido espontáneamente á la misma hora á visitar al enfermo, y á poco, estando en el comedor, llegó el conocido por Vantallas, cuyo nombre y apellido ignoraba, pero que había estado declarando antes; y con él, sin que nadie les llamase, entró en la habitación del enfermo, donde estaba D. Pedro Barberá, y ya presentes los tres, Oliana les manifestó, llorando, que había cometido un disparate dejando sus bienes á su Procurador y á la criada de la casa, llamada María, pues él quería que los bienes fueran para su sobrino el *coixet*, José Molins, lo cual oyeron los tres en un solo acto, prestando aten-

ción; encargándoles también Oliana que quería sirviera lo que había dicho como si fuera testamento, pues aun cuando el testigo no podía precisar las palabras que aquél pronunció para expresar este concepto, entendió y creía que esto fué lo que quiso decir; como igualmente creía que fué espontánea y libre la manifestación de Oliana, porque si bien en él todo eran lágrimas y lamentaciones del mal que le habían hecho hacer, la presión, influencia ó fuerza moral de que pudiera haber estado asediado antes por distintas personas, no creía el declarante que podía referirse á los testigos allí presentes; que el habla del enfermo era algo confusa, y torcía un poco la boca, como afectado de una enfermedad apoplética, pero se le entendían bien las palabras; recordando que además de lo dicho expresó algo así como de que había querido llamar á un Notario y no se lo quisieron llevar; y por último, que durante el tiempo que lo vió y observó en esta ocasión, lo encontró en su sano y cabal juicio:

Resultando que después de pasado el expediente al Ministerio fiscal, presentó D. Jaime Piñana escrito, en el cual, con extensas consideraciones, pidió se declarara no haber lugar á elevar á testamento sacramental las declaraciones de los testigos, y por otrosí que se diera vista al Ministerio fiscal de este escrito, como se hizo, después de haberlo contestado Molins; y el Fiscal opinó, de conformidad con lo pedido en dicho escrito, dando, entre otros, como fundamento de su dictamen, que Oliana había otorgado testamento nuncupativo ante el Notario Canal en 17 de Octubre de 1888, y era de creer que cuando menos hasta el 23 de Diciembre, en que se decía otorgado el sacramental, perseveró en las disposiciones de aquél, pues no constaba que tratara de revocarlas durante los sesenta y seis días transcurridos entre ambas fechas; llamando además la atención que pudiendo requerir ó hacer requerir, por medio de los mismos testigos declarantes ó de D. José Molins, á cualquiera de los muchos Notarios de Barcelona para expresar solemnemente y de un modo más auténtico su voluntad, acudiese á la forma, siempre extrema y á menudo arriesgada, del testamento sacramental; que asimismo era de tener en cuenta la falta de rogación y llamamiento de los testigos, por cuyas declaraciones, por otra parte, no estaba justificada satisfactoriamente, y sin lugar á dudas, la decisión firme y deliberada en Oliana de otorgar testamento, pues de ellas se concluía: primero, que según los tres testigos, en aquella ocasión Oliana era presa de una gran excitación, toda vez que estuvo casi siempre llorando; segundo, que según dos de ellos, tenía la voz algo confusa, observándole Comas la boca torcida; tercero, que en opinión de éste y de Oliva, se hallaba asediado por exigencias de los que le rodeaban; cuarto, que el concepto de que sus manifestaciones sirvieran como testamento, se lo oyó Barberá en estas mismas palabras en catalán; Comas hubo de colegirlo, y Oliva negaba que lo dijera, en términos que á su entender era cosa de poco valor lo que se hacía; quinto, que el encargo de dar testimonio de la voluntad únicamente lo afirmaba Oliva, pues Barberá lo negaba y no lo adveraba Comas; sexto, que Oliana no expresó su voluntad clara y terminantemente de derogar su último testamento; y séptimo, que así como, según Oliva, aquél manifestó que dejaba sus bienes á José Molíns, dijo, según Barberá, que su voluntad era dejar, y según Comas, que había hecho una cosa mal hecha, pues él quería que sus bienes fuesen para su sobrino José Molins; de donde se deducía que, siguiendo la declaración primera, Oliana dispuso de sus bienes, y según las otras dos, se limitó á indicar su deseo ó propósito de disponer, sin hacerlo en el mismo acto; é invocó las doctrinas sentadas por este Tribunal Supremo en sentencias de 9 de Enero de 1882, 27 de Mayo de 1885, 18 de Marzo de 1864, 26 de Junio de 1877 y 21 de Febrero de 1870:

Resultando que continuadas las actuaciones en dos instancias, desis-

tiendo ante el Juzgado D. Jaime Piñana de ser parte en ellas, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 10 de Marzo de 1890 auto confirmatorio con las costas de la alzada, no dando lugar á elevar á testamento sacramental la supuesta última voluntad de D. Pelegrín Oliana:

Resultando que D. José Molins ha interpuesto recurso de casación, invocando al caso 1.º del art. 1692 de la ley de Eujuiciamiento civil, y citando como infringidos:

1.º El cap. 48 del *Recognoverunt proceres,* ley en Catalnña, que sirve de fundamento al fallo recurrido; en el concepto de que, declarando éste no haber lugar á elevar á testamento sacramental, ni á su protocolización, ni á la adjudicación de bienes al recurrente, la manifestación de última voluntad hecha verbalmente por D. Pelegrín Oliana ante testigos el 23 de Diciembre de 1888, con todos los requisitos y condiciones que en la referida disposición legal se exigen, se aplicó ésta erróneamente, interpretándola equivocadamente, toda vez que no cabe duda alguna racional ni legal de que hubo ánimo deliberado de testar en la forma que lo hizo, autorizado por el privilegio que dicha ley establece;

Y 2.º La doctrina establecida por este Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras, las de 28 de Diciembre de 1872 y 28 de Abril de 1885, que confirman lo expuesto en el motivo anterior.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que el testamento sacramental, aunque privilegiado, exige en el que le otorga ánimo deliberado de testar y la manifestación de su voluntad ante testigos:

Considerando que, esto supuesto, no infringe la sentencia recurrida el capítulo 48 del privilegio *Recognoverunt proceres,* citado en el motivo 1.º, ni la doctrina que se menciona en el 2.º, porque la Sala, apreciando la prueba, declara que la testifical, suministrada por D. José Molins, no ofrece la conformidad bastante para estimar testamento las palabras que se dice pronunció D. Pelegrín Oliana, tomando además en cuenta el estado del enfermo, su afectación y el tener otorgado testamento ante Notario público de Barcelona en 17 de Octubre de 1888; esto es, transcurridos poco más de dos meses, y el recurrente no cita ley que demuestre sea erróneo el juicio del Tribunal sentenciador;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Molins y Oliana, á quien condenamos en las costas, y al pago, por razón de depósito, si viniese á mejor fortuna, de la cantidad de 1.000 pesetas, á la que se dará en dicho caso la debida aplicación, con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 10 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Mayo del mismo año.)

105

Recurso de casación en la forma (10 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de partición.*—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Rodríguez en pleito con D. Severo Bárcia y otro (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que, conforme á lo prevenido en el art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo podrá otorgarse el recibimieuto á prueba en la segunda instancia en los casos que taxativamente menciona dicho artículo:

Que no reuniendo ninguno de dichos requisitos la documental denegada, no

es de aplicación al caso el núm. 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia de Lugo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. Manuel Rodríguez Rivas, Abogado y vecino de Lugo, representado por el Procurador D. Manuel Mariño y defendido por el Letrado D. Alfredo de Zavala con D. Severo Bárcia Rodríguez, perito agrónomo, de la misma vecindad, y D. Pedro Ramos y D. Martín Rúa, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre nulidad y rescisión de una partición:

Resultando que D. Manuel Rodríguez Rivas, Abogado y vecino de Lugo, después de haber obtenido la declaración de pobre para litigar, dedujo demanda en 11 de Septiembre de 1888 para que se declarase la nulidad de la partición de los bienes quedados al fallecimiento de su padre D. Manuel Rodríguez Corvite, ocurrido en 5 de Diciembre de 1856, con imposición de costas:

Resultando que dirigida la demanda contra D. Severo Bárcia Rodríguez, los tres hijos menores del difunto, hermano de éste, D. Ignacio Bárcia, y los dos también menores del primer consorcio de D. Agustín María Ulloa, la contestó únicamente el primero solicitando se desestimara, fundado en que el inventario y avalúo de los bienes de D. Manuel Rodríguez Corvite se practicaron con arreglo á las instrucciones del demandante, no habiendo hecho oposición á ellas, habiéndose aprobado por el Juzgado, así como la partición ó abjudicación que tuvo lugar después, y á que tampoco se hizo oposición alguna:

Resultando que recibido el juicio á prueba, presentó escrito el demandante acompañando unos documentos privados, interrogatorio y lista de testigos, solicitando que se compulsaran diferentes documentos de las particiones paterna y materna y de otros lugares, y que el Juez, por auto de 19 de Febrero, admitió como pertinente la prueba testifical y declaró no haber lugar á la práctica de las compulsas pedidas y á la admisión de los documentos que se producían, los cuales se devolvieran á esta parte:

Resultando que D. Manuel Rodríguez Rivas pidió reposición de este auto, y que, negada, interpuso apelación, que no le fué admitida:

Resultando que dictada sentencia por el Juez de primera instancia absolviendo á los demandados de la demanda, se remitieron los autos á la Audiencia de la Coruña por virtud de la apelación que el demandante interpuso, y que al instruirse de ellos solicitó que se recibiera el pleito á prueba, á fin de practicar la documental que había sido desestimada en la primera instancia, y que era incuestionablemente pertinente, puesto que se refería á hechos de que se hacía mérito en la demanda; pretendiendo además que se uniera al pleito el expediente de partición de la herencia de Don Manuel Rodríguez Corvite, del cual dependía:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por auto de 26 de Junio de 1890 declaró no haber lugar á recibir el pleito á prueba, y que se dirigiera carta orden al Juez de primera instancia para la remisión del expediente mencionado:

Resultando que D. Manuel Rodríguez Rivas suplicó de este auto, y que denegado el recurso y continuada la sustanciación del pleito en lo principal, dictó sentencia en 19 de Enero del corriente año, confirmando con las costas la apelada:

Y resultando que D. Manuel Rodríguez Rivas interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el núm. 5.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por haberse denegado medio pertinente

de prueba, cuya denegación producía indefensión con relación á los derechos del recurrente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que, conforme á lo prevenido en el art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo podrá otorgarse el recibimiento á prueba en la segunda instancia en los casos que taxativamente menciona dicho artículo y no reuniendo ninguno de dichos requisitos la documental interesada por el recurrente ante la Audiencia, por lo cual no procedía, con arreglo á derecho, no es de aplicación al caso núm 3.º del art. 1693 en que se funda el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Manuel Rodríguez Rivas, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 500 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; no haciéndose declaración sobre costas por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 10 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 1.º de Mayo del mismo año.)

106

RECURSO DE CASACIÓN (11 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Indemnización de daños y perjuicios.*—No ha lugar al interpuesto por D. Victoriano Sánchez en autos con D. Juan Ozalla (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no es de estimar el error de hecho en la apreciación de las pruebas ni la infracción de la doctrina legal en cuya virtud de cualquiera manera que el hombre quiera obligarse queda obligado, si combinando las pruebas documental y testifical aportadas á los autos, entiende con acierto la Sala sentenciadora que no cabe atribuir la personalidad para representar á otro al demandado, si éste no lo ha sido por actos propios ni por contratos celebrados con el demandante, sino como mero encargado de dicho tercero:

Que alegada en tiempo hábil la excepción de falta de personalidad en el demandado, está el Tribunal sentenciador en su derecho al resolver el incidente de incontestación á la demanda, y no infringe por ello el número 4.º del art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Que es de todo punto inoportuna en los recursos en el fondo la cita de disposiciones de la ley Procesal no declarativas de derecho sustantivo alguno.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Abril de 1891, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta misma corte, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Juan Ozalla y Ruiz de Vadivia, contramaestre, con D. Victoriano Sánchez Molina, actor cómico, ambos de esta vecindad, sobre incontestación á la demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios, deducida por Sánchez Molina contra Ozalla, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Sánchez Molina, defendido y representado por los Licenciados D. Cristino Martos y D. Enrique Picó, éste en el acto de la vista, y el Procurador D. Carlos de Santigo, habiéndolo estado Ozalla por el Letrado D. Felipe García Mauriño y el Procurador Don Federico González y Martínez:

Resultando que en 27 de Octubre de 1888 D. Ladislao Rodríguez, como

gerente de la Sociedad M. Marco y Compañía, y D. Federico Agustino, mandatario del dueño del Teatro de Madrid, celebraron un contrato por el cual dicha Sociedad se obligaba á hacer la instalación de la luz eléctrica en el mencionado teatro, bajo la condición, entre otras, de que Agustino abonaría 5.000 pesetas en el acto, y 3.000 á los treinta días de funcionar la luz, y que el pago de ésta sería diario, á razón de 55 pesetas por función, contándose como tales las de por la tarde y los bailes de máscaras ó de sociedad; y en 3 de Diciembre del mismo año el D. Ladislao Rodríguez, con el carácter expresado, celebró con D. Antonio Gil y Campos otro contrato, por el que éste dió en préstamo á aquél 25.800 pesetas que habían de invertirse exclusivamente en pagar la maquinaria, aparatos y obras para la referida instalación, quedando todo esto en garantía del préstamo, á condición de que Gil respetaría la promesa de venta hecha á D. Rafael Martos, propietario del teatro, nombrando las dos partes, de común acuerdo, administrador de la instalación á D. Juan Ozalla, que se ofreció gratuitamente á desempeñar dicho cargo:

Resultando que en 15 de Enero de 1889, D. Ladislao Rodríguez escribió al D. Rafael Martos, que estaba en Santander, diciéndole, entre otros particulares, que Agustino no cumplía ni cumpliría lo convenido, y pidiéndole le indicara si podría girar á su cargo 3.750 pesetas que faltaba pagar de la instalación, y que podía servirse contestar á su consocio Don Juan Ozalla y entenderse directamente con éste, por si él tenía que salir repentinamente de Madrid:

Resultando que el 30 del mismo mes de Enero D. Juan Ozalla, en carta por él suscrita, dijo á D. Victoriano Sánchez Molina: «No hay inconveniente por nuestra parte de que cierre usted el contrato de subarriendo del Teatro de Madrid, comprometiéndonos nosotros á dar la luz que necesita, con arreglo al contrato de instalación, por el precio de 55 pesetas por función, considerándose como función las de por la tarde y bailes. Por nuestra parte no encontrará usted inconveniente para poder funcionar en ese teatro»; y en 9 de Marzo del mismo año 89, el propio Ozalla escribió otra carta á Sánchez Molina, manifestándole ascender la cuenta entre ambos á 400 pesetas, de las que había que deducir 222, quedando, por tanto, á favor de Ozalla 168, á las cuales había que agregar el importe de una lámpara y la composición de un candelabro y los conductores, añadiendo: «Mi carta de 30 de Enero del corriente año la dejo confirmada en todas sus partes en tanto que estemos al corriente en los pagos; en su consecuencia, tan luego estemos saldados y asegurados mis intereses, daré orden de suministrar luz, pero entre tanto, no»:

Resultando que D. Ladislao Rodríguez escribió á su vez á Ozalla, desde Valencia, el 17 del siguiente mes de Abril, haber recibido las dos papeletas de citación hechas por Sánchez Molina y Agustino, háciendo varias consideraciones en demostración de que la Sociedad que el Rodríguez representaba no se había comprometido ni podido comprometerse á gestionar el permiso para la instalación eléctrica en el Teatro de Madrid, por lo cual en ningún caso tenían responsabilidad, á consecuencia de haber mandado la Autoridad suspender las funciones con motivo de no estar ultimado el expediente para aquélla, estando completamente tranquilos, añadiendo no veía la razón de que se citara á dicho Ozalla, puesto que no tenía otro carácter en el asunto que el de administrador sin sueldo, consiguiendo como recompensa á las deferencias de su buena amistad algún disgustillo de que le rogaba no hiciera caso:

Resultando que, según certificaciones de los Secretarios del Ayuntamiento y de la Tenencia de Alcaldía del distrito del Hospital, en 9 de Marzo del repetido año 1889, se notificó al conserje del Teatro de Madrid, en representación del dueño del mismo, orden del Alcalde, del día 7, de-

negando la licencia para la instalación de máquinas productoras de flúido eléctrico para el alumbrado de dicho teatro por graves defectos en aquella instalación; en 12 del mismo mes Ozalla presentó instancia al Alcalde en nombre del dueño del teatro, según se expresaba en oficio de dicho Alcalde á la Tenencia de Alcaldía, fecha 11 de Mayo, en la que, manifestando habérsele dado conocimiento del informe de la Comisión técnica de la Junta consultiva respecto á la instalación eléctrica en aquel que era de su cargo, y que sin duda se habrían padecido equivocaciones que requerían se hicieran por su parte aclaraciones que pudieron, al ser comprobadas, modificar el dictamen, suplicó se le permitiera el funcionamiento de la instalación hasta la resolución definitiva del expediente; en otra instancia al Alcalde, en 30 de Agosto, expuso el mismo Ozalla que por el decreto de 8 de Mayo se impedía el funcionamiento de la instalación eléctrica que bajo la inspección del exponente producía la luz, y suplicaba se reformara ese acuerdo y se concediera el permiso para que funcionara; y en 24 de Octubre se concedió por el Alcalde á D. Joaquín Cabrera, en nombre de D. Rafael Martos, licencia para instalar un motor de vapor, procedente de la casa M. Marco y Compañía, de Valencia, con destino á la producción del flúido eléctrico para el alumbrado del Teatro de Madrid; licencia presentada el 26 del propio mes de Octubre por Cabrera á la Tenencia de Alcaldía para su toma de razón:

Resultando que D. Victoriano Sánchez Molina formuló en 7 del siguiente mes de Noviembre demanda civil ordinaria, solicitando se declarara que D. Juan Ozalla estaba obligado á indemnizarle de cuantos daños y perjuicios había sufrido por la falta de cumplimiento en el contrato de suministro de luz eléctrica para el Teatro de Madrid, y se le condenara, por este concepto, al pago de la cantidad en que, según el resultado de las pruebas, se estimaran aquéllos por el Juzgado, y que desde luego, para los efectos de la cuantía litigiosa, fijaba en 80.000 pesetas próximamente, exponiendo, entre otras alegaciones: que tomó en subarriendo á D. Federico Agustino el precitado teatro por término de dos meses que empezarían en 22 de Enero de 1889 y terminarían el 25 de Marzo siguiente, prorrogando dicho subarriendo en 17 de Marzo por todo el tiempo que Agustino tenía el arrendamiento, ó sea por quince meses, á partir desde 1.º de Noviembre de 1888, y organizó una compañía que había de funcionar en Febrero y Marzo, contando antes con el consentimiento de D. Juan Ozalla encargado del alumbrado, y el cual, al tener noticia de las negociaciones del subarriendo, le escribió la carta de 30 de Enero; que empezó á dar funciones en Febrero, notándose pronto entorpecimientos de la luz que llegaron á su más alto grado en la noche del 23 en que, comenzada ya la función, llevaron la alarma al público y hubo de devolverse el importe de las localidades; conocedora de lo cual la Autoridad municipal, ante la que se tramitaba el expediente para la concesión de la licencia definitiva, á fin de que pudiera funcionar la instalación, la denegó, ordenando á la Tenencia de Alcaldía en 7 de Marzo que impidiera funcionar las máquinas, durando la suspensión de funciones hasta 26 de Octubre, por no haber hecho Ozalla antes las modificaciones en la instalación que la Autoridad exigía para dar la licencia; y que, por tanto, aquél era el causante de los daños y perjuicios que se le habían originado, los cuales enumeró:

Resultando que conferido traslado de esta demanda á Ozalla presentó en 12 de Diciembre escrito promoviendo artículo de incontestación por no tener el carácter ó personalidad con que se le demandaba; alegando que para responder de un acto era menester haberse obligado, y él no se hallaba en este caso, por haber escrito la carta de 30 de Enero, en la que decía al demandante que se comprometía á dar la luz, como administrador oficioso del gerente de la Sociedad M. Marco y Compañía; aparte de que, si por

aquella carta se comprometió á algo, por la de 9 de Marzo quedó deshecho el compromiso, al decirse en ella á Sánchez Molina que si no saldaba la cuenta no habría luz, resultando temerario el demandante, que, cuando Ozalla era acreedor suyo en vez de deudor, le exigía daños y perjuicios de que en manera alguna debía responder, pues en el contrato de instalación se decía que las 55 pesetas se pagarían al día, desprendiéndose de ello que faltando al pago había necesariamente de faltar la luz y someterse Sánchez á los perjuicios que él mismo se causaba con el incumplimiento de sus compromisos; que la carta que desde Valencia le escribió el 17 de Abril de 1889 la Sociedad Marco y Compañía, demostraba que era un administrador oficioso, sin sueldo siquiera, y lo mismo el contrato de 3 de Diciembre de 1888 entre D. Ladislao Rodríguez, como gerente de dicha Sociedad, y D. Antonio Gil, contrato en que se le designaba como tal administrador de la instalación por la buena amistad que le unía con las dos partes, sin que por esto pudiera entenderse que él era responsable de las deficiencias de la instalación, ni de los compromisos contraídos por la casa instaladora, única que en su caso podría responder de sus actos; que también podría alegar que, tanto no estaba obligado á obtener el permiso para la instalación, como en la demanda se afirmaba, que la licencia fué concedida á D. Joaquín Cabrera en nombre de D. Rafael Martos; habiendo sido hechas cuantas gestiones practicó Ozalla con el expresado carácter de administrador oficioso del gerente de M. Marco y Compañía y de D. Antonio Gil; y concluyó invocando el artículo 533 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que Sánchez Molina impugnó la excepción dilatoria propuesta con la solicitud de que se declarara no haber lugar á ella y ordenase al demandado contestar á la demanda, fundándose sustancialmente, además de reservar para la réplica la contestación á las inexactas afirmaciones de Ozalla referentes al fondo del asunto, en que dicho Ozalla había escrito, firmándola en nombre propio, la carta de 30 de Enero, por la cual contrajo la obligación cuyo cumplimiento se le exigía, demandándole con el carácter de encargado de la instalación del alumbrado eléctrico, que resultaba de tal carta, apareciendo evidenciado por toda su intervención en las operaciones de dicha instalación, ejecutando por cuenta propia los cobros y pagos á ellas referentes, dando las órdenes de todos los trabajos, y gestionando directamente la revocación de la orden de la suspensión en la Tenencia de Alcaldía del Hospital, donde se tramitó el expediente, en el cual obraban documentos con explícitas declaraciones de Ozalla acerca de la instalación, diciendo que no sólo corría á su cargo sino que le pertenecía; que las relaciones de la casa Marco y Compañía con Ozalla sólo entre ellos tenían importancia; pero si según la carta de 17 de Abril era sólo un agente oficioso, de la de 15 de Enero, dirigida á D. Rafael Martos, aparecía otra cosa y estaba más conforme que aquélla con el último párrafo de la de 9 de Marzo de Ozalla á Sánchez Molina en que se hablaba de cuentas, traída á los autos con evidente inoportunidad, á la vez que con poco acierto, pues destruía por su base la excepción planteada, la cual no cabía por otra parte estimar, porque demandado Ozalla por la obligación contraída en la carta de 30 de Enero que escribió en nombre propio, él era quien estaba obligado á contestar la demanda en que se pedía indemnización, como consecuencia del incumplimiento en que había quedado aquella obligación; debiendo ser él demandado con arreglo al art. 1717 del Código civil y no la Sociedad, de que se decía agente aunque en efecto lo fuera:

Resultando que recibidos los autos á prueba, á más de otras referidas anteriormente presentó Ozalla dos cartas, fechadas en 24 de Diciembre de 1889 y 3 de Enero de 1890, dirigidas á él por D. Ladislao Rodríguez, que las reconoció, y el cual en la primera le autorizaba para hacer de ella

el uso que tuviera por conveniente, á fin de demostrar que en el asunto de autos no había tenido Ozalla otra intervención que la de administrador gratuito y oficioso de la Sociedad Marco y Compañía, que era á la que Sánchez Molina debía demandar, si obraba de buena fé; y que, respecto á la carta de 30 de Enero, sabía demasiado el mismo Sánchez Molina que quien se comprometió en ella fué Rodríguez, firmándola después Ozalla por encargo suyo; y en la segunda explicaba la razón de llamar consocio á Ozalla, en la de 15 de Enero dirigida á D. Rafael Martos, diciendo que cuando aquél le propuso tomar participación en la Sociedad Marco y Compañía, pagando para ello á Gil y Campos lo que dicha Sociedad le adeudaba, creyó Rodríguez que el asunto era cosa resuelta, y de aquí que pusiera el último párrafo de la indicada carta, pero como D. Rafael Martos se opuso á entenderse para nada con Ozalla, éste desistió de esa participación, quedando las cosas como estaban, ó fuese, siendo Ozalla administrador de la instalación; y á instancia del mismo Ozalla declararon varios testigos, entre ellos D. Ladislao Rodríguez, el que afirmó tener aquél dicho carácter de administrador y haber siempre obrado de conformidad con sus órdenes sin otra intervención que la que cumplía á una buena amistad:

Resultando que también practicó Sánchez Molina prueba documental, de que se ha hecho mérito, y testifical, siendo examinado para ésta igualmente D. Ladislao Rodríguez á más de otros testigos, y á las preguntas que se le dirigieron, manifestó: que á su carta de 15 de Enero le contestó D. Rafael Martos en 17 del mismo mes, diciéndole no quería entenderse sobre el objeto á que se refería aquélla más que con él, en vista de cuya manifestación se negó Ozalla á formar parte de la Sociedad; que no consideraba al repetido Ozalla con conocimientos suficientes para dirigir la montura de la instalación, siendo público la hicieron los operarios de la casa Marco y Compañía, reduciéndose la misión de aquél á cobrar y pagar cuentas como un favor, y que el estado actual de la enunciada casa Marco y Compañía, era el de haber cerrado el taller y suspendido los trabajos:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 2 de Junio del año último auto definitivo, revocatorio, declarando haber lugar á la excepción dilatoria de falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter ó representación con que se le demandaba, propuesto por D. Juan Ozalla en su escrito de 12 de Diciembre de 1889, sin hacer expresa condenación de costas de primera ni de segunda:

Resultando que D. Victoriano Sánchez Molina, ha interpuesto recurso de casación invocando los motivos 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º La infracción del art. 532 en su núm. 5.º, debe referirse al núm. 4.º del 533 de la ley de Enjuiciamiento civil por aplicación indebida, en cuanto se ha dado el carácter de excepción dilitoria á lo que era una cuestión de fondo, ya que el demandado no niega, ni podía negar su calidad de encargado de la instalación eléctrica del Teatro de Madrid y firmante de la carta de 30 de Enero de 1889 que se le atribuye en la demanda, limitándose á afirmar que esa calidad y ese acto suyos no le obligan personalmente por haber obrado en nombre ajeno, lo cual equivale á decir que el recurrente no tiene acción contra él, afirmación que envuelve una excepción perentoria que, sin subvertir los principios del procedimiento civil, no puede resolverse en un incidente como el de que se trata, sino en el correspondiente juicio ordinario:

2.º El error de hecho patente al apreciar la carta dicha de 30 de Enero de 1889, documento auténtico, equivocadamente entendido cuando se afirma que se escribió en nombre ajeno, y no en nombre propio, como resulta del mismo y consta además por los términos de otro documento auténtico,

la carta de Ozalla á Sánchez Molina en 9 de Marzo de igual año, cuya copia se presentó en autos por la parte hoy recurrida al formalizar su excepción;

Y 3.º La doctrina legal sancionada por constante jurisprudencia de este Tribunal «que de cualquiera manera que el hombre quiera obligarse queda obligado» y recogida en los artículos 1254 y 1278 del Código civil, en que se declara que hay contrato desde que se consiente en obligarse á la prestación de un servicio, y que éste contrato, en cualquier forma que se haga, es obligatorio, si contiene los requisitos esenciales de asentimiento, objeto y causa; doctrina y artículos infringidos al desconocer, en la repetida carta de 30 de Enero de 1889, todos los requisitos y eficacia de un contrato cuyo alcance y efecto deban discutirse y resolverse en el juicio ordinario incoado mediante la demanda propuesta por el recurrente y que se pretende ahogar de contrario con una excepción dilatoria, en que se contiene casi todo el fondo del pleito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Salvador Viada:

Considerando que el Tribunal sentenciador no ha cometido error de hecho en la apreciación de las pruebas, ni ha infringido la doctrina legal que de cualquier manera que el hombre quiera obligarse queda obligado, fundamento 2.º y 3.º del recurso interpuesto, porque en uso de sus facultades y combinando las dos cartas de 30 de Enero y 9 de Marzo de 1889 con las demás pruebas documental y testifical aportada á los autos y que consta en estas actuaciones, ha estimado con acierto que no habiendo sido demandado D. Juan Ozalla y Ruiz de Valdivia por D. Victoriano Sánchez Molina, por actos propios ni por contratos celebrados con el mismo, sino como mero encargado de la instalación de la luz eléctrica, no cabe en tal concepto atribuírle personalidad para representar á la Sociedad Marco y Compañía, de Valencia, que fué la que se obligó á hacer la instalación de dicho alumbrado en el Teatro de Madrid, por incumplimiento de cuyo contrato se ha entablado la demanda originaria de este pleito:

Considerando que tampoco ha incurrido el Tribunal sentenciador en la infracción que se señala del núm. 4.º del art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil (no del 532, núm. 5.º, que equivocadamente cita el recurrente) porque alegada en tiempo hábil la excepción de falta de personalidad en el demandado, estuvo aquél en su derecho al resolver el incidente de incontestación á la demanda de que ha hecho mérito, y que por otra parte es de todo punto inoportuna, en recursos de la naturaleza del que aquí se trata, la cita de disposiciones de la ley Procesal no declarativas de derecho sustantivo alguno;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Victoriano Sánchez Molina, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 11 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Mayo del mismo año.)

107

Recurso de casación (11 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Angel Martín Jubera en pleito con D. León Grande (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que el art. 372 de la ley de Enjuiciamiento civil, referente á la fórmula de las sentencias definitivas, es de procedimiento, y no puede por lo mismo invocarse para fundar un recurso de casación en el fondo:

Que no existe la incongruencia á que se refiere el caso 2.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando la sentencia está en armonía con las pretensiones deducidas por los litigantes y discutidas en el pleito.

Resultando que D. Angel Martín dedujo demanda para que se condenase á D. León Grande al pago de la cantidad de 5.434 pesetas 50 céntimos, importe de las piedras acopiadas para cierta carretera, y del machaqueo de la misma, deducidas las cantidades entregadas por el demandado:

Resultando que por éste se impugnó la demanda por no hallarse conforme con la liquidación practicada en ella, reconviniendo á su vez al demandante para que concurriera á practicar una liquidación; y que si á esto no hubiese lugar y se entendiera que resultaba hecha de las probanzas del pleito, se acordara que el demandante recibiera, y el demandado le entregara, como único saldo debido, la diferencia que existiera entre la suma de 11.691 pesetas, importe total de la piedra machacada, y la que arrojaban las cantidades percibidas á cuenta:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 20 de Diciembre del año último, declarando, que según el resultado de los autos, el demandado D. León Grande es en deber al demandante D. Angel Martín la suma de 1.207 pesetas 2 céntimos, que deberá abonarle en el término de quinto día, en cuyos términos quedan resueltas la demanda y reconvención sin hacer condenación de costas:

Resultando que D. Angel Martín Jubera ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 372, párrafo tercero de la ley de Enjuiciamiento civil, y la doctrina contenida en varias sentencias de este Supremo Tribunal, como la de 14 de Abril de 1860, que exigen que en los considerandos de toda sentencia se citen las leyes y doctrinas que se consideren aplicables al caso, lo cual no se había hecho en la recurrida;

Y 2.º La ley 1.ª, tít. 14, Partida 3.ª, en relación con la 16, tít. 22 de la misma Partida, y el art. 359 de la de Enjuiciamiento civil, que sirven de fundamento á la doctrina establecida en multitud de sentencias de este Supremo Tribunal, según las que, las sentencias han de dictarse con arreglo á lo alegado y probado en el juicio, y ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; nada de lo cual acontecía en la recurrida.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando, respecto del primer motivo de casación, que el art. 372 de la ley de Enjuiciamiento civil, referente á la fórmula de las sentencias definitivas, es de procedimiento y no puede por lo mismo invocarse, como lo hace la representación de D. Angel Martín, para fundar un recurso de casación en el fondo:

Considerando, en orden al segundo, que por la sentencia recurrida se resuelve que la suma que es en deber D. León Grande á D. Angel Martín es la de 1.207 pesetas 2 céntimos, que abonará en el término de cinco días, y como esto es conforme á éstas, en armonía con las pretensiones deducidas por los litigantes, y discutido en el pleito, es notorio que no existe la incongruencia alegada por el recurrente del caso 2.º del art. 1692 de dicha ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don Angel Martín Jubera, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 11 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 1.º de Mayo del mismo año.)

108

RECURSO DE CASACIÓN (13 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Mejor derecho á un título nobiliario.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Jordán de Urries en pleito con D. José Millán (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

Que la sentencia que declara el preferente derecho de un individuo á un título nobiliario, no infringe los artículos 8.º y 9.º del decreto de 28 de Diciembre de 1846, si la Sala sentenciadora ajusta su fallo á la ley 2.ª, tít. 15, Partida 2.ª, toda vez que aquél ha justificado ocupar grado mejor en la línea designada por el fundador del mayorazgo:

Que los mencionados artículos no alteran en nada la citada ley de Partida:

Que hecha la declaración expresada, es su consecuencia necesaria la prohibición impuesta al poseedor del título para que no use éste, sin que lo impida el decreto de 1846 al estimar procedente la supresión del título transcurridos los plazos que determinan sin haber sido satisfecha por el sucesor del vínculo la cantidad correspondiente, si en el caso del pleito no llegó á acordarse tal supresión por la solicitud del poseedor del título á quien se le concedió por Real cédula, sin perjuicio de otro de mejor derecho, por lo que aquél debe ser pospuesto á quien lo tenga preferente:

Que tampoco infringe dicha sentencia la de casación dictada en 31 de Diciembre de 1863, porque su simple lectura revela que no es igual al caso referido, ya que en aquél se anunció en la Gaceta *la renuncia del derecho por el sucesor si no se pagaba el impuesto establecido por el decreto de 1846, con las demás particularidades que el número de títulos y las reclamaciones formalizadas exigían, y que no son de actualidad; y la sentencia recurrida no altera la doctrina consignada en 1863, porque ni ésta ni aquélla dejan de conciliar lo prevenido en las leyes de Partida y Recopiladas con el decreto de 1846, atendida la naturaleza respectiva de tales disposiciones y el objeto de las mismas:*

Que el título de posesión no es bastante para invalidar el de propiedad, no habiendo prescrito la acción de quien ostenta este último; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la doctrina legal de que al poseedor le basta poseer para ser respetado en la posesión, mientras el demandante no tenga y justifique mejor derecho.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pablo de Zaragoza y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. José Millán Conde, como marido de Doña María del Carmen Romea y Lorite, con D. José Jordán de Urries y Ruiz de Arana, propietarios, vecinos de dicha ciudad de Zaragoza, sobre mejor derecho al título de Marqués de Villafranca de Ebro, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado, y en su defensa y representación el Doctor D. Luis Silvela y el Procurador D. Pedro Mariano Palacios, habiéndolo estado la parte recurrida por el Doctor D. Germán Gamazo y el Procurador D. Antonio Arana y Morayta:

Resultando que D. Miguel Iñiguez Pablo, señor de Villafranca, otorgó testamento en la ciudad de Zaragoza en 2 de Agosto de 1682, instituyendo heredero á su hijo D. Juan Miguel Iñiguez y Heraso con la condición de que con el lugar de Villafranca y los demás bienes que especificó quedaba fundado un mayorazgo á cuyo disfrute llamó en primer término á su ci-

tado hijo y sus descendientes legítimos, y á falta de éstos á sus hijas Doña Josefa y Doña Teresa Iñiguez y Heraso y sus hijos y descendientes legítimos por iguales partes por vía de mayorazgo regular, ordenando que en falta de Doña Josefa y su descendencia legítima sucediera en todos los bienes del mayorazgo Doña Teresa y la suya, y asimismo en falta de éstas llamó á Doña Josefa y su línea, de manera que en todo caso y tiempo hubiera sustitución perpetua y recíproca por vía de mayorazgo regular entre las líneas de sus dos citadas hijas:

Resultando que extinguida la línea del hijo varon del fundador D. Juan Miguel Iñiguez y Heraso, primer Marqués de Villafranca, y fallecida la hija Doña Teresa sin sucesión, entró en la posesión de todo el mayorazgo la linea de la otra hija Doña Josefa, en la que se mantuvo hasta D. Francisco Lorieri de Lorieri, Marqués de Villafranca, cuarto nieto de la Doña Josefa, que falleció en 15 de Abril de 1872, habiendo practicado en 12 de Octubre de 1862 la división de dicho mayorazgo con su inmediato sucesor en el mismo D. León Julio Romea Yanguas, tercer nieto de la cabeza de esta misma línea la citada Doña Josefa:

Resultando que D. León Julio Romea Yanguas y su esposa Doña Manuela Lorite otorgaron testamento en 12 Octubre de 1863, instituyendo herederos á sus dos hijos D. León y Doña Carmen Romea Lorite, y por fallecimiento del primero fué declarada su hermana Doña Carmen heredera abintestato del mismo por auto del Juzgado de San Pablo de Zaragoza en 22 de Marzo de 1886, y en su virtud fué inscrita á su nombre la mitad del señorío de Villafranca, que correspondía á su citado hermano, quedando dueña de todo él, según certificación del Registro del partido de Pina, obrante en autos:

Resultando que fallecido, como se deja dicho, D. Francisco Lorieri, Marqués de Villafranca, en 15 de Abril de 1872, se publicó la vacante de dicho título en la *Gaceta* de 1.º de Junio de 1877; y en 17 de Noviembre siguiente D. José Jordán de Urries y Ruiz de Arana, séptimo nieto de una hermana del citado fundador D. Miguel Iñiguez Pablo, acudió al Ministerio de Gracia y Justicia solicitando en el expediente del Marquesado de Villafranca de Ebro prórroga del término para pedir la obtención del título, que en efecto le fué concedida, habiéndose mandado por Real orden de 29 de Diciembre del mismo año, que, sin perjuicio de tercero de mejor derecho y previo pago del impuesto establecido, se expidiera carta de sucesión en el expresado título á favor de dicho D. José Jordán de Urries, cuya carta le fué otorgada en 11 de Mayo de 1878, haciéndose constar en ella que por razón de impuesto había pagado 10.640 pesetas:

Resultando que en 15 de Junio de 1886 D. José Millán y Conde pretendió en el citado expediente del título de Marqués de Villafranca que se otorgase dicho título á su esposa Doña Carmen Romea Lorite, y habiéndose acordado en 29 de Octubre siguiente que hallándose en posesión de él D. José Jordán de Urries, no podía adoptarse resolución alguna por corresponder á los Tribunales el apreciar el derecho de tal reclamación, dedujo Millán Conde la demanda de este pleito con la solicitud de que se declarase, fundado en los hechos y consideraciones legales que expuso, que á su esposa Doña María del Carmen Romea Lorite correspondía el título de Marqués de Villafranca de Ebro, con todos sus derechos y prerrogativas, con preferencia á D. José María Jordán de Urries, y que mediante tal declaración debía quedar ineficaz la carta de sucesión y confirmación obtenida por el demandado, condenando en su consecuencia á este á que se abstuviera de usar el expresado título y entregar al demandante los documentos que obrasen en su poder concernientes al Marquesado:

Resultando que D. José Jordán de Urries impugnó la demanda, presentando con su escrito, entre otros documentos, el testamento otorgado

por D. Juan Miguel Iñiguez y Heraso, primer Marqués de Villafranca, respecto del que dijo: que en él se otorgaba otra fundación comprensiva del título sobre que se litigaba, y á cuyos llamamientos había, por tanto, que atenerse, y no en manera alguna á los consignados en la fundación hecha por el padre de dicho primer Marqués en 1682, con la que no había sido nunca unido el título en cuestión; y además de las razones que estimó oportunas para demostrar fundado en el testamento del primer Marqués de Villafranca su mejor derecho al Marquesado, alegó: que conforme á los artículos 8.º y 9.º del Real decreto de 28 de Noviembre de 1846, las grandezas y títulos pueden renunciarse, entendiéndose que renuncia por sí su derecho el sucesor que á los seis meses de haberlo heredado estuviese sin pagar el impuesto establecido y sin sacar la carta de confirmación, rigiendo el mismo plazo de seis meses para cada uno de sus dos inmediatos sucesores, en cuyo defecto, pasados esos plazos, tiene lugar la supresión del título ó grandeza sin derecho á restablecerla; que, por tanto, en el supuesto negado del mejor derecho al título en cuestión en D. León Romea Lorite y su hermana Doña Carmen, habiendo fallecido el último poseedor del título D. Francisco Lorieri en 15 de Abril de 1872, y habiendo dejado transcurrir los plazos indicados, primero D. León y después Doña Carmen sin hacer reclamación alguna, era evidente que la demandante, aunque hubiera tenido algún derecho al título, lo hubiera perdido por entender la ley que renunció á él; que tan cierto era esto, que si él no hubiera reclamado el título se habría declarado caducado, puesto que la demandante no acudió hasta 15 de Junio de 1886, ó sea más de catorce años después de la muerte del último poseedor y más de nueve del anuncio de la vacante, y que este acto del demandado no podía aprovechar á la demandante, haciendo renacer para ella el derecho que personalmente había perdido:

Resultando que la parte demandante replicó insistiendo en su demanda y alegando además, en cuanto es pertinente: que era completamente torcida la aplicación que se hacía por Urries de las disposiciones del Real decreto de 28 de Diciembre de 1846, porque cuando se anunció en la *Gaceta*, conforme al art. 6.º de la instrucción de 14 de Febrero de 1847, la vacante causada por Lorieri, mientras no pasasen los seis meses del anuncio, no podia pretenderlo la demandante por existir su hermano D. León, y habiendo acudido al Gobierno Urries y obtenido el título, no había podido consumirse para ella el nuevo plazo; que aun dejado pasar dicho plazo, ni á su hermano ni á ella podía perjudicar esa circunstancia porque eran menores de edad, y en Aragón se conservan, por fuero, ilesos los menores, teniendo en Castilla el beneficio de la restitución *in integrum*; que la renuncia de que habla el Real derecto de 28 de Diciembre de 1846, como fundada en una disposición de carácter puramente fiscal, no puede transcender al orden civil, siendo sus efectos puramente administrativos y encaminados á que el Estado pueda hacer la concesión á otra persona, cobrando el impuesto correspondiente sin perjuicio de tercero, como se había hecho en el presente caso; y que si la demandante pretendiera obtener el título sin pagar, utilizando en su favor el pago hecho por Urries, tendría fuerza la observación hecha por éste en último término en su escrito de contestación; y el demandado duplicó diciendo: que era perfectamente legal la interpretación que había dado al decreto de 28 de Septiembre de 1846, como lo demostraba el edicto ó anuncio de la vacante, en el que se decía que no habiendo obtenido el inmediato sucesor la oportuna Real cédula, se anunciaba con objeto de que los que se creyeran con derecho á él pudieran reclamar, siendo, por tanto, evidente que si Doña Carmen Romea se creía con derecho, no sólo pudo, sino que debió entonces pretender el título, entendiéndose; según aquel Real decreto, que lo renunció en el hecho de no reclamarlo; que tales renuncias transcienden al orden

civil, porque no se concibe que se renuncie y se deje de renunciar al propio tiempo, que se entienda renunciado administrativamente un título y no civilmente, tanto menos cuanto que no distinguiéndose en el Real decreto los efectos de la renuncia, debe entenderse completa; y que no podía sostenerse en buenos principios de derecho que se pueda reclamar un título, no sólo después de transcurridos los términos señalados en las leyes de su razón, sino dieciséis años después de la muerte del último poseedor y más de diez de estarlo usando legalmente el actual:

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito de San Pablo de Zaragoza dictó sentencia en 28 de Agosto de 1889, que apelada por D. José Jordán de Urries fué confirmada con las costas por la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, en 6 de Junio próximo pasado, declarando que á la demandante Doña Carmen Romea y Lorite asiste mejor derecho al título de Marqués de Villafranca de Ebro que al que lleva este título D. José Jordán de Urries y Ruiz de Arana, y que en consecuencia corresponde á la primera la posesión del mismo con todos los honores, prerrogativas y preeminencias que le sean propios, condenando á dicho D. José Jordán de Urries á que, obtenida que sea por la demandante la Real cédula de sucesión y confirmación que le deberá ser otorgada con arreglo á las disposiciones vigentes, deje de ostentar la dignidad mencionada, permitiendo, sin contradicción alguna, á la referida señora su uso exclusivo, libre y expedito, y resolviendo, por último, que el documento presentado por la parte demandante con su escrito de conclusiones se estimaba admisible como comprendido en el art. 506 de la ley de Enjuiciamiento civil, quedando unido á los autos á los efectos legales:

Resultando que, con el depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes, interpuso D. José Jordán de Urries y Ruiz de Arana recurso de casación, por considerar infringidos:

1.º Los artículos 8.º y 9.º del Decreto ley de 28 de Diciembre de 1846 en el primero de los cuales se concede la facultad de renunciar las grandezas y títulos, pero quedando sin suprimirse durante dos sucesiones directas ó trasversales, por si las quisieran admitir sus herederos legítimos, en cuyo defecto tendrá lugar la supresión de la grandeza ó título sin derecho á restablecer, y en el segundo se dispone que todo sucesor de grandeza ó título que á los seis meses de haberlo heredado estuviese sin pagar el derecho establecido por el impuesto especial y sin sacar la correspondiente carta de confirmación, se entiende que ha renunciado por sí su derecho á la grandeza ó título, quedando por consiguiente sujeto éste, para los efectos de su supresión, á lo dispuesto en el art. 8.º, siguiendo el mismo plazo de seis meses para cada uno de sus dos inmediatos sucesores; en el concepto de que habiendo D. León Romea dejado pasar ese término de seis meses y mucho más tiempo desde que fué sucesor del título sin sacar la carta de confirmación ni pagar el impuesto, es evidente que lo renunció y, por tanto, quedó para él muerto y caducado; y no habiendo sacado la carta de confirmación, ni pagado el impuesto, ni acudido al Gobierno Doña María del Carmen Romea, que constituía la primera sucesión para quien se reservaba el título, una vez renunciado por su hermano, durante el término de los seis meses, porque se anunció la vacante en la *Gaceta* de 1.º de Junio de 1877, es también evidente que, conforme á las disposiciones citadas, renunció su derecho que quedó también muerto y caducado; puesto que, desde que se publica en la *Gaceta* la vacante, empiezan á contarse las dos sucesiones posteriores que deben preceder á la supresión del título ó grandeza, según el art. 601 de la instrucción de 14 de Febrero de 1847, dictada para llevar á efecto el decreto-ley de 1846, sin embargo de lo que la sentencia recurrida declara que á Doña Carmen Romea Lorite asiste mejor derecho que al recurrente al título de Marqués de Villa-

franca de Ebro; que le corresponde la posesión del mismo con todos los honores, prerrogativas y preeminencias; y que debe otorgársele la Real cédula de sucesión y confirmación con arreglo á las disposiciones vigentes, á pesar de lo preceptuado en aquellos artículos, conforme á los cuales se había extinguido y fenecido mucho antes de la interposición de este pleito el derecho que hubiera podido tener Doña Carmen Romea al título indicado; siendo aun más clara esta infracción si se tiene en cuenta que la sentencia recurrida dice que la Real cédula de sucesión deberá ser otorgada á la demandante con arreglo á las disposiciones vigentes, que son las del decreto ley de 1846, y sin embargo y al mismo tiempo, desconoce los preceptos de ese decreto relativos á las gestiones necesarias y á los plazos que señala para la obtención y sucesión en los títulos de Castilla y á las renuncias de éstos, puesto que de todos esos preceptos ha tenido que prescindir para hacer las declaraciones que contiene favorables á la demandante; no afectando en nada á lo alegado en este motivo la circunstancia de que la confirmación á favor del actual Marqués se hiciera sin perjuicio de tercero de mejor derecho, porque Doña Carmen, desde el momento que perdió el suyo, no puede tenerlo mejor que el recurrente, y porque sabido es que las reservas no dan ni quitan derechos:

2.º La doctrina legal consignada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1863, según la que por las disposiciones del decreto de 23 de Diciembre de 1846, expedido en virtud de autorización concedida al Gobierno de S. M. por la ley de Presupuestos de 1845, se rigen desde entonces las sucesiones de las grandezas y títulos honoríficos; estando subordinadas la ley 25, tít. 1.º, libro 6.º de la Novísima Recopilación, el art. 13 de la ley de 11 de Octubre de 1820 y la ley 2.ª, tít. 15 de la Partida 2.ª, á lo dispuesto en el Real decreto citado sobre las sucesiones de los títulos de Castilla, por cuanto la sentencia recurrida prescinde, como se deja demostrado, de las disposiciones del citado Real decreto, y aplica además á la resolución del pleito la ley 2.ª, tít. 15 de la Partida 2.ª, apareciendo más evidente esta infracción si se nota que en el caso á que la sentencia de casación citada se refiere, D. Ildefonso Moreno acudió al Gobierno antes de que se expidiera á Doña Emilia Ibáñez y Moreno la Real carta de sucesión en el título de Marqués de Valle Ameno, y que ésta pagase el impuesto, por virtud de lo cual se suspendió la expedición de aquella Real cédula por término de dos meses, dentro de los cuales entabló el D. Ildefonso la oportuna demanda ante los Tribunales, sin embargo de lo cual se declaró caducado el derecho preferente que pudo tener Don Ildefonso por virtud de lo dispuesto en el Real decreto de 1846; al paso que en el caso de que se trata el recurrente satisfizo el impuesto correspondiente y obtuvo la carta de confirmación sin oposición alguna y sin que Doña María del Carmen Romea intentara en tiempo oportuno pagar aquel impuesto, ni sacar esta carta, ni acudiera siquiera al Gobierno hasta más de diez años después de usarlo legalmente el recurrente; demostrando también la doctrina citada en este motivo, que el decreto-ley de 1846 no es de carácter gubernativo ni tiene por único fin regular el impuesto, sino que alcanza al orden jurídico, y los Tribunales tienen por consiguiente que respetarlo y cumplirlo aplicando sus disposiciones, cuando ante ellos se ventilan cuestiones sobre sucesión de títulos de Castilla; y no pudiendo tener influencia en este pleito el Real decreto de 4 de Diciembre de 1864, porque sobre referirse á títulos suprimidos y no á los poseídos, como lo está el de Villafranca de Ebro, siendo el restablecimiento de un título suprimido materia de gracia, sólo el Poder Supremo, por medio del Ministerio de Gracia y Justicia, es al que corresponde su ejercicio:

Y 3.º La doctrina legal de que al poseedor le basta poseer para ser respetado y mantenido en la posesión mientras el demandante no tenga y

justifique mejor derecho, admitida por las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1859 y 26 de Octubre de 1867, por cuanto la sentencia recurrida, con las resoluciones que contiene, despoja al recurrente del título que se halla poseyendo legítima y pacíficamente, á pesar de que la demandante perdió su derecho al mismo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que no infringe la sentencia recurrida los artículos 8.º y 9.º del decreto de 28 de Diciembre de 1846, citados en el motivo 1.º, porque la Sala, al declarar que Doña María del Carmen Romea tiene derecho preferente al título de Marqués de Villafranca de Ebro y no D. José Jordán Urries, ajusta su fallo á la ley 2.ª, tít. 15, Partida 2.ª, toda vez que la Doña María ha justificado ocupar grado mejor en la línea designada por el fundador del mayorazgo, y aquellos artículos no contrarían en nada la ley de que queda hecho mérito:

Considerando que hecha la declaración expresada, es su consecuencia necesaria la prohibición impuesta á Jordán para que no use el título honorífico mencionado, toda vez que el decreto de 1846 ya citado, si bien estima procedente la supresión del título transcurridos los plazos que determina sin haber sido satisfecha por el sucesor del vínculo la cantidad correspondiente, tal supresión no llegó á acordarse por la solicitud de Don José Jordán, á quien se le concedió la Real cédula, sin perjuicio de otro de mejor derecho, y en este caso debe ser Jordán pospuesto á la Doña Carmen que, como se ha dicho, ostenta derecho preferente:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la de este Tribunal dictada en 31 de Diciembre de 1863, porque su simple lectura revela que no es igual al caso objeto del presente pleito, ya que en aquél se anunció en la *Gaceta* la renuncia del derecho por el sucesor si no se pagaba el impuesto establecido por el decreto de 1846, con las demás particularidades que el número de títulos y las reclamaciones formalizadas exigían, y que no son de actualidad; y la sentencia recurrida no altera la doctrina consignada en 1863, porque ni ésta ni aquélla dejan de conciliar lo prevenido en las leyes de partida y Recopiladas con el decreto de 1846, atendida la naturaleza respectiva de tales disposiciones y el objeto de las mismas:

Considerando que no se infringe la doctrina legal invocada en el motivo 3.º, porque la posesión que hoy tiene D. José Jordán Urries no es título bastante para invalidar el que sirve de fundamento á la demanda de Doña María del Carmen Romea, que es de propiedad, y cuya acción no está prescrita;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Jordán de Urries y Ruiz de Arana, á quien condenamos en las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 13 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Mayo del mismo año.)

109

COMPETENCIA (13 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pensiones.*—Se decide en favor del Juez de primera instancia de Villafranca del Bierzo la sostenida con el de igual clase de Sarria, acerca del conocimiento de la demanda interpuesta ante el primero por D. Miguel del Pino contra Doña Carmen García y otro, y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el art. 56 de la ley de Enjuiciamiento civil, será

Juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase aquel á quien los litigantes se hubieren sometido expresa ó tácitamente, siempre que la sumisión se haga en quien tenga jurisdicción para conocer de la misma clase de negocios y en el mismo grado;

Que siendo el fundamento de la acción civil ejercitada para el pago de pensiones de un censo la escritura de constitución de éste, en la que los otorgantes se sometieron á la jurisdicción del Corregidor de una villa, sustituído actualmente por el Juzgado de primera instancia de la misma, dicha sumisión, no solo alcanza á los que la contrajeron, sino á cuantos sean poseedores de los bienes afectos al pago de la pensión, si se hubiese hecho extensiva á todos, como sucesores ó causahabientes del censualista.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Abril de 1891, en la competencia pendiente ante Nos promovida por el Juez de primera instancia de Sarria al de igual clase de Villafranca del Bierzo, sobre conocimiento de la demanda entablada ante éste por D. Miguel del Pino y Romero contra Doña Carmen García y D. Antonio López Valín, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre reconocimiento y pago de los réditos de un censo:

Resultando que por escritura otorgada en Villafranca del Bierzo á 1.º de Noviembre de 1763, D. Juan Manuel de Armesto y Saco, en nombre y con poder de D. Luis Antonio Saco y Quiroga, su primo, dueño de la casa de Saa y Coto de Cedrón, en el Reino de Galicia, en virtud de Real facultad, tomó á censo redimible de D. Cedrón de Cancelada y Hermosilla 3.000 ducados con sus réditos correspondientes á 2 y cuartillo por 100 en cada un año, que cargó é impuso sobre la persona y bienes del citado D. Luis Antonio Saco, sus hijos y sucesores en todos ellos, debiendo satisfacer los réditos de 742 reales y medio anuales el día 1.º de Noviembre de cada un año, puestos y pagados en aquella villa, casa, mano y poder de dicho Don Pedro de Cancelada y sus herederos, llevadores y poseedores que fueron de dichos sus mayorazgos, ó de quien el suyo tuviese, llanamente y sin excusa alguna; y especificando los bienes que quedaban hipotecados y estableciendo varias condiciones, se dice, por último, en la escritura que, usando el citado D. Juan Manuel Saco del poder que tenía, lo daba en nombre de D. Luis Antonio Saco á las Justicias y Jueces de S. M. competentes de su fuero y jurisdicción, para que le compelieran al cumplimiento de todo, y lo mismo á sus hijos y herederos, llevadores y poseedores que fuesen de dicha su casa y mayorazgos, por todo rigor de derecho y vía ejecutiva, y en especial les sometía al Real Tribunal de los Sres. Presidente y Oidores de la Real Chancillería que residía en la ciudad de Valladolid, y á los Sres Regente, Gobernador y Alcaldes Mayores y Oidores del Real Tribunal, que residía en la ciudad de la Coruña de dicho Reino de Galicia; y al del Sr. Corregidor de aquella villa, su estado y Marquesado que eran y fuesen; habiéndose tomado razón de la escritura en el Registro de hipotecas de Lugo en 25 de Noviembre de 1769:

Resultando que en 4 de Febrero del corriente año 1891, D. Miguel de Río Romero, vecino de esta corte y dueño del censo mencionado, dedujo demanda en el Juzgado de primera instancia de Villafranca del Bierzo, en la que haciendo mérito de la escritura referida, y deslindando las fincas sobre que estaba constituído el censo, expuso: que lo había venido percibiendo hasta el año 1887, pagándoselo D. Ramón García Blanes, en representación de su hija Doña Carmen García, vecina de Lugo; que desde el citado año había dejado de pagarse la pensión, y por virtud de venta, que se decía hecha de los bienes forales, aunque sin anuencia ni conocimiento del demandante, se hallaba en posesión de los mismos D. Antonio López Valín, vecino de Sarria, del cual, como tampoco de Doña Carmen García

y su padre, había sido posible obtener el pago de la pension, á pesar de las reclamaciones privadas, oponiéndose terminantemente López Valín, fundado en que había adquirido los bienes en concepto de libres; y consignando los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó pidiendo se declarase: que los bienes deslindados estaban afectos al pago de la pensión de 742 y medio reales, pagaderos el día 1.º de Noviembre de cada año en aquella villa por 33.000 reales de capital, condenando en su consecuencia al pago de la pensión correspondiente á los tres últimos años, vencidos en 1.º de Noviembre de 1890, con los intereses legales por la moratoria y las costas á los demandados Doña Carmen García y D. Antonio López, la primera como poseedora que era, y el segundo poseedor actual de las referidas fincas, cuya condena, caso de no hacerse efectiva por los demandados, se realizase sobre aquéllas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Carmen García y D. Antonio López Valín, y librados para su emplazamiento los correspondientes exhortos á los Juzgados de primera instancia de Lugo y Sarria, el de esta última villa á instancia de D. Antonio López Valín, y después de oído el Ministerio fiscal, requirió de inhibición al de Villafranca de Bierzo, por corresponderle el conocimiento de la demanda, fundado en que por tratarse del ejercicio de una acción mixta, sobre que se declarase que ciertos bienes inmuebles, sitos en pueblo que formaba parte del territorio de aquel partido judicial, estaban afectos al derecho real que se reclamaba, no hallándose domiciliado su poseedor en Villafranca del Bierzo, sino en aquella villa de Sarria, era indudable que la competencia para conocer del asunto correspondía al que proveía, en conformidad á lo dispuesto en el art. 308, regla 4.ª de la ley orgánica del Poder judicial, en el 62, también regla 4.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, y entre otras sentencias de este Supremo Tribunal, en las de 5 de Febrero de 1880 y 5 de Abril de 1881, y que por no aparecer, según los términos en que estaba concebida la demanda, sometido D. Antonio López Valín á ninguna obligación personal, y sí únicamente á la real sobre que se le complicaba en el litigio como poseedor de las fincas censidas, no habiendo por otra parte elegido el demandante el Juzgado de Lugo á que pertenecía el domicilio de la otra demandada Doña Carmen García, ninguna razón militaba para que se arrastrase á López Valín á litigar en lugar distinto de su vecindad:

Resultando que el Juez de primera instancia de Villafranca del Bierzo, después de haber oído al demandante y al Ministerio fiscal, se negó á la inhibición, por ser competente en la cuestión promovida, por considerar: que según el art. 56 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquél á quien los litigantes se hubiesen sometido expresa ó tácitamente; que con arreglo al art. 57, hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente su propio fuero, y designan con toda precisión el Juez á quien se sometieren; que hecha la sumisión por escritura pública, tiene ésta fuerza bastante para atribuir competencia al Juzgado que haga las veces de la Autoridad designada en ella, conforme lo establecido en sentencias de este Supremo Tribunal de 20 de Febrero, 26 de Junio, 27 de Septiembre y 25 de Octubre de 1880; que la sumisión expresa hecha en 1.º de Noviembre de 1763 á favor del Corregidor de aquella villa, debía entenderse hoy del Juzgado de primera instancia de la misma que ejercía las funciones judiciales que aquél tenía; que aun cuando la sumisión expresa no hubiera existido ni ocurriera duda alguna sobre ella, era indiscutible que designado Villafranca del Bierzo, en la escritura censual como lugar en que había de cumplirse la obligación, ó verificase el pago de las pensiones, al reclamarse hoy algunas de éstas,

sólo competía conocer de la demanda al Juez de primera instancia de aquel partido, y no á ningún otro, según la regla 1.ª del art. 62 de la mencionada ley; y que siendo poseedor ó llevador de los bienes censidos el demandado D. Antonio López Valín, era indudable que tenía la obligación de cumplir al demandante, como sucesor ó causahabiente que era del censualista, las obligaciones que procedieran del contrato de censo en la forma y lugar que hubieran contraído, según constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal, sentada en diferentes sentencias, entre ellas la de 8 de Julio de 1868:

Y resultando que el Juez de Sarria insistió en la inhibición, y que en su virtud uno y otro han elevado las actuaciones para la decisión de este Supremo Tribunal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que, según lo dispuesto en el art. 56 de la ley de Enjuiciamiento civil, será Juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase aquel á quien los litigantes se hubieren sometido expresa ó tácitamente, siempre que la sumisión se haga en quien tenga jurisdicción para conocer de la misma clase de negocios y en el mismo grado:

Considerando que siendo el fundamento de la acción civil ejercitada en los presentes autos la escritura pública de 1.º de Noviembre de 1763, en que los otorgantes se sometieron á la jurisdicción del Sr. Corregidor de la villa de Villafranca del Bierzo, sustituído hoy por el Juzgado de primera instancia de la misma, dicha sumisión, no sólo alcanza á los que la contrajeron, sino á cuantos sean poseedores de los bienes afectos al pago de la pensión, por haberse hecho extensiva á todos, como sucesores ó causahabientes del censualista;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia de Villafranca del Bierzo, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho; siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez de primera instancia de Sarria.—(Sentencia publicada el 13 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Abril del mismo año.)

110

Recurso de casación en asunto de Ultramar (13 de Abril de 1891). —Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. José Martín Oñoz en autos con D. Sebastián de Cisneros (Audiencia de Puerto Príncipe), y se resuelve:

Que al tenor de lo prescrito en el núm. 4.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, es inadmisible el recurso fundado en la infracción del art. 13 de la misma ley, que es genérico y como los demás contiene varias disposiciones, si no se cita con precisión y claridad cuál de ellas y en qué concepto haya sido infringida.

Resultando que contra sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Puerto Príncipe en 22 de Octubre próximo pasado, revocatoria de la que había dictado el Juez de primera instancia de la misma ciudad en incidente de pobreza promovido por D. José Martín Oñoz, para litigar con D. Sebastián de Cisneros y de la Vega, por cuya sentencia se desestimó dicha demanda de pobreza, se ha interpuesto recurso de casa-

ción por Martín Oñoz, citando como infringidos los artículos 13 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que el Ministerio fiscal se opuso á la admisión del recurso, y en su virtud se trajo á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que el recurso se funda en que la sentencia de la Audiencia de Puerto Príncipe, por la que se deniega al recurrente el beneficio de pobreza para litigar, infringe los artículos 13 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil; y como dicho art. 13 es genérico y los demás contienen varias disposiciones, y no se cita con precisión y claridad cuál de ellos y en qué concepto haya sido infringido, no es admisible el recurso, al tenor de lo prescrito en el núm. 4.º del art. 1729 de dicha ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Martín Oñoz, á quien se condena al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Puerto Príncipe la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido; y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.—(Auto fecha 13 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

111

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA EN ASUNTO DE ULTRAMAR (14 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Interdicto de retener.*—No ha lugar al interpuesto por D. Pedro Peláez en autos con Doña Clara Mangual (Audiencia de Puerto Rico), y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el art. 1694 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, para que puedan ser admitidos los recursos de casación por quebrantamiento de forma es indispensable que si la falta se ha cometido en la primera instancia se haya reproducido la petición para subsanarla en la segunda, conforme lo previene el art. 858 de la misma ley.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Abril de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de San Germán de la isla de Puerto Rico y en la Sala de justicia de la Audiencia del territorio por Doña Clara Mangual y Guenard, propietaria, vecina de Mayagüez, por sí y en representación de sus hijos menores D. José Antonio y D. Nicolás Annoni y Mangual, con D. Pedro Peláez y Peláez, agricultor, vecino de Hormigueros, como mayordomo de D. José Peña Chavarri, del comercio y vecino de la ciudad de Barcelona, sobre interdicto de retener la posesión de una finca, autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el D. Pedro Peláez y sostenido ante este Tribunal Supremo por el D. José Peña Chavarri, y en su defensa y representación el Letrado D. Ricardo Gerillerna y el Procurador D. Ramón Suárez Inclán, estando la parte recurrida representada por el Procurador D. Francisco Egea y defendida por el Licenciado Don José Aleixandre:

Resultando que Doña Clara Mangual y Guenard, viuda de D. Francisco Nicolás Annoni, acudió al Juzgado de primera instancia de San Germán en la isla de Puerto Rico, formulando por sí y en representación de sus hijos menores D. José Antonio y D. Nicolás Annoni y Mangual, demanda, fecha 4 de Noviembre de 1889, sobre interdicto de retener, en la que expuso como hechos que la Doña Clara se hallaba en posesión hacía más de un año y tres meses de la estancia conocida bajo el nombre de

Carmen, que fué de D. Francisco Silva, radicada en los barrios de Guanagibos, términos municipales de Hormigueros y Cabo Rojo, compuesta de 255 cuerdas de terreno, con una casa de vivienda, de madera, cobijada de tejas de barro, un ranchón cubierto de hierro galvanizado, y de un mes á aquella fecha D. Pedro Peláez, residente en la hacienda Josefa, hoy llamada San Romualdo, situada en el término de Hormigueros, como mayordomo ó encargado de D. José Peña y Chavarri, venía inquietando á la demandante y empleados en dicha estancia, tratando de introducir en ella ganados, y propalando que Chavarri tenía derecho de dominio sobre la misma; y ofreciendo información testifical acerca de los referidos hechos, solicitó se le recibiera ésta y se declarase, en su consecuencia, haber lugar al interdicto de retener que proponía, y dictara sentencia manteniendo en la posesión á Doña Clara y mandando hacer las consiguientes intimaciones á D. Pedro Peláez, como mayordomo ó encargado de D. José Peña Chavarri, para que en lo sucesivo se abstuviera de inquietarla en ella, bajo apercibimiento de proceder contra él criminalmente y condenándole al pago de las costas:

Resultando que con esta demanda acompañó el Procurador que la interpuso el poder que á su favor otorgó la Doña Clara por su propio derecho y en concepto de administradora legal de sus hijos menores los expresados D. José Antonio y D. Manual Nicolás Annoni y Mangual, y la certificación de la inscripción en el Juzgado municipal de Mayagüez del fallecimiento de D. Francisco Nicolas Annoni Estrada, ocurrido el día 3 de Agosto de 1886, en la cual se consigna que el D. Francisco se hallaba casado con Doña Clara Mangual, de cuyo matrimonio dejó los dos expresados hijos:

Resultando que recibida la información ofrecida, se convocó á las partes á juicio verbal, en cuyo acto la demandante insistió en su demanda, á la que contestó el demandado exponiendo lo que estimó conducente en cuanto al fondo del interdicto, y, además, no justificar la demandante la personalidad con que demandaba, pues no aducía documento que la acreditase, ni menos el justificativo del derecho real de posesión que alegaba, suplicando se declarase no haber lugar al interdicto, con condena en costas á la parte actora:

Resultando que practicada prueba por ambas partes, el Juez de primera instancia dictó en 15 de Noviembre de 1889 sentencia por la que declaró haber lugar al interdicto de retener, manteniendo á Doña Clara Mangual, sin perjuicio de tercero, en la posesión de la estancia denominada Carmen, mandando requerir á D. Pedro Peláez, como mayordomo ó encargado de D. José Peña Chavarri, para que en lo sucesivo se abstuviera de inquietarla ó perturbarla en ella, bajo apercibimiento de lo que hubiere lugar, condenando al propio D. Pedro al pago de las costas, y reservando á las partes el derecho que pudieran tener sobre la propiedad ó sobre la posesión definitiva, el que podrían usar en el juicio correspondiente, cuya sentencia confirmó con las costas la Sala de justicia de la Audiencia de Puerto Rico, por la que á su vez pronunció en grado de apelación el 11 de Abril de 1890:

Resultando que D. Pedro Peláez ha interpuesto, con el correspondiente depósito, recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el núm. 2.º del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea por falta de personalidad en la demandante.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que, según lo dispuesto en el art. 1694 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, para que puedan ser admitidos los recursos de casación por quebrantamiento de forma, es indispensable que si la falta se ha cometido en la primera instancia se haya reprodu-

cido la peticion para subsanarla en la segunda, conforme lo previene el artículo 858 de la misma ley:

Considerando que habiéndose alegado por el recurrente en primera instancia, y en el acto del juicio verbal, la falta de personalidad de Doña Clara Mangual para demandar en el concepto ó representación que lo ha verificado, cuya excepción no ha sido entonces estimada, y no habiéndose reproducido en la segunda instancia la petición correspondiente en el modo y forma que previene el art. 892, con relación al 858 antes citado, no procede la admisión del recurso fundado en el motivo que se invoca;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Pedro Peláez, como mayordomo de D. José Peña Chavarri; condenamos á dicha parte recurrente al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Puerto Rico la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 14 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

112

RECURSO DE CASACIÓN (15 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Retracto.*—No ha lugar al interpuesto por D. Rafael Jaumé en pleito con D. Miguel Terrasa (Audiencia de Palma), y se resuelve:

Que en la decisión del recurso de casación, según reiteradamente se ha declarado, es necesario ajustarse á los motivos en que se funde, sin que puedan tenerse en cuenta otras leyes ó doctrinas legales que las citadas como infringidas en el concepto en que se alegue que lo han sido:

Que no infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, la sentencia que resuelve una cuestión planteada oportunamente en el pleito por el demandado y objeto de las pruebas practicadas:

Que no son de estimar los motivos de casación fundados en afirmaciones de hecho de la Sala sentenciadora, si no se invoca por el recurrente ley ni doctrina que se haya infringido, ni se alega que aquélla haya incurrido en error de hecho al apreciar las pruebas.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Lonja de Palma de Mallorca y en la Sala de justicia de la Audiencia de aquel territorio por D. Miguel Terrasa y Saus, propietario, con D. Rafael Jaumé y Crespí, labrador, ambos vecinos de Santa María, sobre retracto pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio fiscal en favor del demandado, por quien luego se ha personado el Procurador D. Fidel Serrano, bajo la dirección del Licenciado Don Antonio Maura, habiéndolo defendido y representado al demandante y recurrido el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. Daniel Doce:

Resultando que en 2 de Febrero de 1889, Pedro José Fiol, dependiente de D. Juan Sureda y Boxadors, Marqués de Vivot, por encargo del hijo y apoderado de éste D. Juan Miguel Sureda, realizó subasta extrajudicial voluntaria de varias parcelas de terreno de la finca Sou Sureda, propia de dicho Marqués, de que los compradores habían de pagar el precio en plazos y entrar en posesión el 20 de Agosto de 1890, de las cuales subastó dos D. Rafael Jaumé, una de ellas lindante por el Este con otra tierra de Don Miguel Terrasa, publicándose el 18 del enunciado mes de Agosto de 1890,

en la villa de Santa María, un pregón con arreglo á nota escrita por el Don Juan Miguel Sureda, en que se decía: «Se previene á todos los compradores de tierra de Sou Sureda que se presenten el domingo 25 siguiente en las casas del citado predio, para hacerse cargo de cada parcela y firmarles el correspondiente resguardo después de haber satisfecho el primer plazo según el plano de condiciones:

Resultando que el día 27 de los mismos mes y año, D. Miguel Terrasa, consignando en la mesa del Juzgado de primera instancia de la Lonja de Palma 111 pesetas y 11 céntimos, equivalencia de 33 libras, 6 sueldos y 8 dineros, moneda mallorquina, y acompañando título de su propiedad sobre la finca Caucó, lindante con la Sou Sureda, dedujo demanda, alegando: que el Marqués de Vivot había vendido á D. Rafael Jaumé dos parcelas de tierra procedentes del predio Sou Sureda, comprendidas entre la vía férrea por un lado y por otro tierras del Jaumé y del demandante, habiendo dejado al vendedor un camino de establecedores entre dichas dos parcelas, una de las cuales, que tendría unos 160 destres de extensión, y lindaba por éste con tierras del demandante, había sido vendida por precio de 100 libras mallorquinas, pagaderas en tres plazos anuales, de los que se había satisfecho el primero, no habiéndose otorgado escritura ni inscrito por consiguiente en el Registro de la propiedad el contrato del cual tuvo el demandante noticia por el bando publicado en la villa de Santa María el domingo 18 de aquel mes; que según el art. 1523 del Código civil, tenían el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se tratara de la venta de una finca rústica, cuya cabida no excedía de una hectárea, y en defecto de la inscripción de la venta en el Registro de la propiedad podía interponerse el retracto dentro de los nueve días, á contar desde que el retrayente tuvo noticia de aquélla; y que consignaba el importe del primer plazo y ofrecía desde luego abonar los gastos del contrato, cualquier otro hecho para la venta y los necesarios y útiles realizados en la cosa vendida; y concluyó pidiendo que se declarara procedente el retracto y á él subrrogado en el lugar de Jaumé con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de venta y con imposición de costas al demandado, si se oponía á la demanda:

Resultando que celebrado sin avenencia el acto de conciliación, D. Rafael Jaumé contestó la demanda aceptando los hechos en ella expuestos con las modificaciones de que el camino entre las parcelas por él compradas estaba simplemente indicado y que no le constaba la manera como Terrasa había tenido noticia de la venta, y agregó entre otros particulares: que dicha venta se efectuó en la villa de Santa María el día 2 de Febrero de aquel año 1889 en subasta pública extrajudicial, y si bien como un pacto particular se convino en que el precio sería satisfecho en tres plazos de igual cantidad, el contrato quedó perfeccionado y consumado en dicho día, entrando Jaumé al siguiente, 3 de Febrero, á poseer como dueño las parcelas que continuaba poseyendo pacíficamente con aquel título, habiendo hecho en ella las labores agrícolas que las épocas habían requerido; que el retracto establecido en el art. 1523 del Código civil sólo podía aplicarse á las ventas posteriores á 1.º de Mayo de 1889 en que empezó á regir y nunca á las efectuadas con anterioridad, por lo cual no cabía tampoco hablar de los términos hábiles para solicitarlo, ni la suma consignada podía tener aplicación al objeto á que se destinaba, ni eran por lo mismo admisibles los ofrecimientos que el demandante hacía, pues el Código civil no había tenido ni podía tener efecto retroactivo, según sus mismas disposiciones, y por consiguiente no podían aplicarse éstas á un contrato celebrado anteriormente, ni menos el retracto de propietarios colindantes, existentes tan sólo desde que aquél empezó á regir, y al celebrar Jaumé su contrato de compraventa con arreglo á las leyes entonces vigentes, adqui-

rió el derecho de que las fincas no pudieran ser objeto de otros retractos que los establecidos por aquellas mismas leyes:

Resultando que recibidos á prueba los autos, el demandante presentó la nota de pregón, ya mencionada, y formuló posiciones que absolvió el demandado, afirmando que en 2 de Febrero pactó con Pedro José Fiol, mayoral de Sou Martí, que se titulaba representante del Marqués de Vivot, la venta de las dos parcelas de terreno de Sou Sureda, no debiendo, según lo convenido, entrar en posesión de ellas hasta el 20 de Agosto siguiente, si bien el dicente y los demás compradores entraron la semana después á verificar varios trabajos, lo cual les fué permitido mientras no perjudicaran los sembrados que existían y eran de la pertenencia de Miguel Bosch que los cultivaba en concepto de roter, aun cuando en las dos parcelas había una porcioncita que no se cultivaba, y en ella pudo trabajar el declarante; que en tiempo oportuno segó Miguel Bosch, ignorando si pagó el diezmo de las gavillas cosechadas; que los pastos de Sou Sureda, inclusos los de las porciones dada á rotas, los tenía comprados Bernardo Fiol, á quien el declarante compró, en 20 sueldos, los de las dos parcelas á fin de entrar en posesión de ellas inmediatamente después de segadas y no tener que esperar al 20 de Agosto; que al verificarse la subasta en 2 de Febrero, no estaban presentes el Marqués de Vivot, ni su hijo, ni Notario, ni se otorgaron en el acto documentos públicos ni privados, y según estaba enterado, debía otorgar las escrituras el hijo del Marqués, D. Juan, quien así lo expresó el día que hicieron el pago; siendo también examinados varios testigos, y habiendo igualmente practicado el demandado prueba testifical y de posiciones:

Resultando que continuada la sustanciación en dos instancias, la Sala de Justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca dictó, en 11 de Junio del año próximo pasado, sentencia revocatoria declarando haber lugar al retracto deducido por D. Miguel Terrasa y Saus, y á éste subrrogado en el lugar de D. Rafael Jaumé y Crespí con respecto á la parcela retraída, sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que preparado recurso de casación por D. Rafael Jaumé y Crespí, que obtuvo declaración de pobreza para litigar, le ha interpuesto el Ministerio fiscal en beneficio de aquél, con arreglo al art. 1715 de la ley de Enjuiciamiento civil, apoyándole el núm. 1.º del 1692 de la misma, por los motivos siguientes:

1.º Al declarar la Sala sentenciadora no haber lugar (así se lee en el escrito, pero debe querer decirse haber lugar, que es lo declarado en la sentencia) al retracto, tomando como fundamento, así el que la venta no se perfeccionó ni fué consumada en su fecha por falta de aprobación del dueño, como el no haberse llenado en la subasta los requisitos á que alude, sin embargo de que no los menciona, ha infringido la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, cuyo epígrafe es: «Como non deve valer el juicio que da el judgador sobre una cosa que non fué demandada ante él», así como la doctrina legal de que «toda sentencia debe guardar conformidad con la demanda, contrayéndose siempre á los términos en que se haya fijado la cuestión litigiosa, sin resolver sobre excepciones ó puntos no alegados, ó no fijados en la demanda, ó que no han sido objeto del litigio», doctrina consignada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1859, 26 de Marzo y 27 de Noviembre de 1860, 28 y 31 de Enero de 1862, 16 de Octubre de 1863, 25 de Mayo y 18 de Junio de 1867 y 26 de Mayo de 1868 y otras muchas; toda vez que no habiéndose sometido por el demandante á discusión, como base de la demanda, ni la eficacia de la venta con relación al 2 de Febrero, ni las informalidades de la subasta, antes bien, dándose por supuesta esa venta, por más que se alegara su no publicidad, ha estimado de oficio la Sala sentenciadora excepciones ó alegaciones que no han

sido materia del debate, ni realmente podían serlo, porque el llamado á combatir la venta, en su caso, sería el dueño de la finca ó vendedor, que no ha sido parte en el pleito; y lejos de atacarse por aquel dicho contrato en el mero hecho de convocar por el bando á los compradores para el pago de los plazos del precio, demostró reconocer la virtualidad de la venta en en su respectiva fecha:

2.º También al fallar la Audiencia en el expresado sentido ha infringido el art. 3.º del Código civil, dando eficacia á un retracto de colindantes, supuesto que, según ese artículo las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, y tal efecto da al 1523 del mismo Código por el que se instituyó el retracto en favor de los propietarios de tierras colindantes, aplicándolo á una venta hecha en 2 de Febrero cuando por no haber empezado á regir el Código hasta el 1.º de Mayo siguiente, según el Real decreto de 11 de Febrero del propio año, no existía tal retracto, y había adquirido D. Rafael Jaumé la finca libre de semejante traba;

Y 3.º La misma infracción indicada en el número anterior, al computar el plazo dentro del cual podría el retrayente hacer uso de su derecho, en el sentido de que este plazo sería aplicable si en la fecha de la venta hubiera existido el derecho de retraer tierras colindantes, ó se tratase de una venta verificada después de 1.º de Mayo de 1889, ninguno de cuyos supuestos concurre en el presente caso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que en la decisión del recurso de casación, según reiteradamente se ha declarado, es necesario ajustarse á los motivos en que se funde, sin que puedan tenerse en cuenta otras leyes ó doctrinas legales que las citadas como infringidas en el concepto en que se alegue que lo han sido:

Considerando que no existe la incongruencia que se supone en el motivo 1.º, porque prescindiendo de lo que el actor expusiera en la demanda, los fundamentos de hecho y de derecho consignados en el escrito de contestación, demuestran claramente que por el demandado se excepcionó que la venta se había celebrado en la villa de Santa María el 2 de Febrero de 1889, perfeccionándose en dicho día, y siendo inaplicable á ella el Código civil; por lo cual no cabe duda de que la cuestión relativa al perfeccionamiento del contrato, se planteó oportunamente en el pleito, fué objeto también de las pruebas practicadas, y era una de las que la sentencia debía resolver:

Considerando que tampoco son de estimar los motivos 2.º y 3.º, puesto que el fallo recurrido se funda en que la venta no se perfeccionó ni tuvo existencia legal hasta el 18 de Agosto, y respecto de esta afirmación, no se invoca por el recurrente ley ó doctrina alguna que se haya infringido, ni se alega que la Sala sentenciadora haya incurrido en error de hecho al apreciar las pruebas;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio fiscal en nombre de D. Rafael Jaumé y Crespí, condenamos á dicho Jaumé al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Palma de Mallorca la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido. — (Sentencia publicada el 15 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Mayo del mismo año.)

113

RECURSO DE CASACIÓN (15 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Entrega de legado.*—No ha lugar al interpuesto por D. Luis García en pleito con D. Gabriel Conde (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, la sentencia que entiende llanamente las palabras con que están redactadas las cláusulas de un testamento, sin que en ellas haya nada que haga aparecer ciertamente que la voluntad del testador fuera otra que no como suenan las palabras que en aquéllas están escritas:

Que si el testador quiso que el legatario tuviera veinticinco años para hacer la entrega del legado, siendo preciso para que éste quedara sin efecto y la manda fuera á las personas llamadas por el testador en defecto del legatario que éste muriese antes de cumplir dicha edad, y sin descendientes ó sin hijos, es evidente que si en efecto murió antes de los veinticinco años, pero dejando un hijo legítimo, se realizó en éste el derecho de su padre; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 31 y 34, tít. 9.º, Partida 6.ª

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley seguido en el Juzgado de primera instancia de Navalcarnero y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte por D. Gabriel Conde Escudero, jornalero, vecino de aquella villa, representado por el Procurador D. Luis Soto y defendido por el Licenciado D. Francisco Martínez Fresneda, con D. Luis García Murias, propietario, de la misma vecindad, como marido de Doña Josefa Galdós del Campo y representante de sus hijos menores, y en su nombre el Procurador D. Angel Calvo, bajo la dirección del Letrado D. Eduardo Dato, sobre entrega de un legado:

Resultando que Doña Ramona del Campo y Callejo otorgó testamento en la villa de Navalcarnero, en cuyas cláusulas 12 y 13 dispuso literalmente: «12, lega y manda para perpetuamente y en pleno dominio á su sobrina Doña Valentina García y Galdós, hija de D. Luis y de Doña Josefa, la casa tahona situada en este pueblo, calle del Norte, antes de Gutiérrez, señalada con el núm. 28, con todos los efectos y útiles pertenecientes á dicha tahona, y así también la cerca contigua á la misma, ambas fincas propias de la otorgante»; y «13, el legado hecho en la cláusula precedente ordena la otorgante que no sea entregado á la Doña Valentina García Galdós hasta que no cumpla los veinticinco años, en cuya época le será entregado, esté ó no casada; pero si muriese antes de cumplir aquella edad y sin descendientes ó sin hijos, después de aquella edad pasará dicho legado en pleno dominio y por iguales partes á los hermanos de Doña Valentina; y si tampoco existiesen dichos hermanos entrarán en el pleno goce y dominio del citado legado los hijos de D. Julián Galdós y del Campo»; en la cláusula 16 dispuso que del remanente de todos sus bienes fuese su heredera usufructuaria su sobrina D. Josefa Galdós del Campo, casada con D. Luis García Murias, y herederos en propiedad por iguales partes los hijos que dejase la Doña Josefa á su fallecimiento; pero si ocurriese la muerte de dicha Doña Josefa sin hijos ó descendientes, pasarían dichos bienes, acciones y derechos á los hijos de D. Julián Galdós y del Campo, también por iguales partes, como herederos de la testadora:

Resultando que Doña Ramona del Campo y Callejo falleció bajo este testamento en 17 de Diciembre de 1873, y su sobrina y legataria Doña Valentina García Galdós, que nació en 17 de Diciembre de 1860, falleció en 25 de Septiembre de 1883, contando, por tanto, á la sazón veintidós años; hallándose casada con D. Gabriel Conde Escudero, de cuyo matrimonio dejó una hija, llamada Rosa, nacida en 4 de Septiembre de 1882, y que fué declarada heredera de su madre por auto de 22 de Octubre de dicho año 1883:

Resultando que la referida niña falleció en 4 de Octubre de 1884, siendo su padre D. Gabriel Conde, declarado heredero de la misma por auto de 15 de Diciembre de 1888:

Resultando que en 6 de Julio de 1889, el mencionado D. Gabriel Conde Escudero dedujo la demanda objeto de este juicio en reclamación del legado mencionado contra D. Luis García Murias en concepto de marido de Doña Josefa Galdós del Campo, y en representación de los hijos menores que tuviesen de su matrimonio, una y otros como herederos de Doña Ramona del Campo y Callejo, y consignando los hechos que quedan referidos, estableció como fundamentos de derechos que el heredero se subrrogaba en todos los derechos y acciones que tenía el causante; que con arreglo á este principio, al fallecimiento de Doña Valentina García Galdós se subrrogó en ellos su hija legítima y heredera Doña Rosa Conde y García, y en los de ésta por su fallecimiento, también posterior al de su madre, el demandante D. Gabriel, padre de la dicha Doña Rosa; y que tratándose de un legado específico como el que se reclamaba, el heredero estaba obligado á entregar la cosa legada, en conformidad á la ley 48, tít. 9.º, Partida 6.ª, y ejercitando la acción real petitoria pidió se declarase que á Don Gabriel Conde Escudero, como causahabiente de Doña Valentina García Galdós, pertenecía la propiedad, dominio y posesión de la casa tahona, situada en Navalcarnero, calle del Norte, antes de Gutiérrez, señalada con el núm. 28, con todos sus efectos y útiles, así como también la cerca contigua á la misma tahona, y en su consecuencia se condenase á D. Luis García Murias, en concepto de marido de Doña Josefa Galdós del Campo, y representante legal de ésta y de los hijos menores que tuviese una y otros como herederos de Doña Ramona del Campo y Callejo, á que entregase al demandante las expresadas fincas, con todas sus pertenencias y accesorios, y con los frutos producidos y debidos producir desde que se hizo exigible el cumplimiento del legado en cuestión, con más las costas de este juicio:

Resultando que D. Luis García Murias, en la representación indicada, impugnó la demanda, alegando que el legado á día incierto y condicional que resultaba hecho por Doña Ramona del Campo á su sobrina Doña Valentina García Galdós, no pudo tener validez ni efecto en cuanto á la misma por haber fallecido antes de cumplir los veinticinco años; que no existiendo tampoco en la fecha en que debía cumplirlos sucesión de hijos y menores descendientes, la heredera de Doña Ramona, Doña Josefa Galdós y su esposo, como representante y albacea de aquélla, dispuso la entrega del legado específico á los nombrados en segundo lugar por haber perdido el derecho de haberle la primera designada, en virtud de estar bien clara la voluntad de la testadora y de existir cuatro hermanos carnales de Doña Valentina, á quienes correspondían; que el heredero no se subrrogaba en los derechos y acciones de que carecía el causante, y, conforme á este principio, D. Gabriel Conde Escudero no tenía ni había podido adquirir derecho alguno al legado específico que pretendía, porque no le adquirió su hija ni pudo transmitirle á nadie la finada Doña Valentina García Galdós; que en todo legado específico regía el precepto legal de que deben ser pagados en aquel tiempo y de aquella manera que el testador mandó señaladamente que los pagase y no de ningún otro modo; que cuando existían en una herencia condiciones puestas en un testamento, no tenía lugar sin que se cumpliera la condición; que en todo legado ó manda condicional en que aparecía edad fijada para recibirle, si no se cumplía aquella edad no valía el legado ó manda, según así lo consignaba la ley 31, tít. 9.º de la Partida 6.ª, y que las palabras de un testamento debían entenderse lisa y llanamente, siendo ésta la principal ley para su interpretación:

Resultando que el demandante replicó, alegando que de la cláusula 13 del testamento se desprendía la existencia de un legado condicional á día incierto, pero este día había llegado, dando á los sucesores, en relación

con la disposición testamentaria, la interpretación recta que su claro texto merecía; que existía previsto un caso dentro del cual hubieron debido considerarse como no consignadas las clápsulas que se referían al legado; pero este caso no era el de morir Valentina García antes de cumplir los veinticinco años, sino el de morir antes de dicha edad sin descendientes, puesto que el sentido gramatical de las palabras *si muriese antes de aquella edad y sin descendientes,* y la conjunción copulativa que le servía de enlace, hacían ver que la condición dependía de ambos extremos y que no podía ser considerada resuelta en el sentido negativo que se precabía en el testamento, mediante la muerte ó la falta de descendencia, sino mediante el conjunto de ambas, pues de otro modo la testadora hubiera separado por una conjunción disyuntiva las palabras en que se contenía la condición para demostrar su deseo de que una ú otra circunstancia sirviesen por sí solas y aisladas para la resolución; que demostrado que Doña Valentina falleció antes de cumplir los veinticinco años, pero dejando por descendencia legítima á su hija Rosa, era evidente que no llegó el caso previsto en el testamento, y que nada debió impedir la entrega, bien á esta última durante su vida, bien después de su óbito al demandante como heredero suyo de las fincas en cuestión, que hubieran pasado á los llamados en segundo término si Doña Valentina al morir no hubiese dejado hijos:

Resultando que el demandado reprodujo en la dúplica sus alegaciones, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 24 de Junio de 1890 sentencia revocatoria, declarando que á D. Gabriel Conde Escudero, como causahabiente de Doña Valentina García Galdós, pertenece en pleno dominio la casa tahona situada en Navalcarnero, calle del Norte, antes de Gutiérrez, señalada con el núm. 28, con todos sus efectos y útiles, así como también la cerca contigua á la misma tahona; y condenando en su consecuencia á D. Luis García Murias, en concepto de marido de Doña Josefa Galdós del Campo y de representante legal de ésta y de los hijos menores de ambos, una y otros como herederos de Doña Ramona del Campo y Callejo, á entregar al demandante las expresadas fincas, con todas sus pertenencias y accesorios y con los frutos producidos y debidos producir desde que se hizo exigible el cumplimiento del legado en cuestión, sin hacer especial condenación de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que D. Luis García Murias, como marido de Doña Josefa Galdós del Campo, ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, y la jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal, consignada, entre otras, en las sentencias de 12 de Julio de 1876 y 19 de Octubre de 1880, referentes á la inteligencia é interpretación de las palabras del testador, las cuales, si aparecían claras, había que tomarlas y entenderlas como suenan, y si ofrecían duda había que acudir para interpretarlas á la voluntad de aquél, y el recurrente entendía que la cláusula 13 expresaba claramente que en ningún caso debía entregarse á Doña Valentina García el legado que designaba la cláusula 12, mientras aquélla no cumpliese la edad de veinticinco años:

2.º La ley 31, tít. 9.º, Partida 6.ª, por ser el hecho que en ella se cita como ejemplo idéntico al de autos, pues Doña Ramona del Campo mandó que entregasen á Doña Valentina García el legado que hizo en la cláusula 12 de su testamento cuando aquélla cumpliese veinticinco años de edad; habiendo ocurrido también el caso previsto en la misma ley, ó sea que Doña Valentina había muerto *enante* de cumplir aquella edad, por lo cual no podía menos de ser la consecuencia la que la ley establecía que aquel legado no le podían demandar los herederos de Doña Valentina *nin tenían derecho de lo haber:*

Y 3.º La ley 34, tít. 9.º, Partida 6.ª, que establece que si la manda se hiciese bajo condición, muriendo aquel á quien fué hecha antes de que se cumpliese la condición, no valdría la manda ni la podría demandar el heredero aquel á quien se hizo, debiéndola haber el heredero del testador, y en este caso no cabía duda que se hizo un legado condicional, siendo la condición que Doña Valentina García cumpliese los veinticinco años, y Doña Valentina murió antes de cumplirlos, por lo cual no valía el legado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia no infringe la ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, que se invoca en el primer motivo, porque las cláusulas 12 y 13 del testamento de Doña Ramona del Campo que contiene el legado en cuestión, están reducidas, la primera á establecer el legado particular de la tahona y el huerto contiguo á ésta en favor de su sobrina Valentina García Galdós, y la segunda á fijar la entrega de ambas fincas cuando cumpliera la legataria veinticinco años, *en cuya época le sería entregado, estuviese ó no casada: pero si muriese,* dice la testadora, *antes de cumplir aquella edad y sin descendientes, ó un hijo después de aquella edad,* pasaría el legado á las personas llamadas en el testamento; y basta la lectura de ambas cláusulas para afirmar que la sentencia entiende *llanamente* las palabras con que están redactadas, sin que en expresada última voluntad haya nada que haga aparecer ciertamente que la *voluntad* de la testadora fuera otra que no como suenan las palabras que están escritas en las cláusulas citadas:

Considerando que no es aplicable, y, por tanto, no ha podido infringirse la ley 31, tít. 9.º, Partida 6.ª; porque si bien es cierto que la testadora quiso que la legataria tuviera veinticinco años para hacer la entrega del legado, no lo es menos que, para que éste quedara sin efecto y la manda fuera á las personas á quienes llamó Doña Ramona del Campo en su testamento en defecto de la legataria, era preciso que ésta muriese antes de cumplir aquella edad y sin descendientes ó sin hijos; y como la legataria, si bien murió antes de los veinticinco años, dejó una hija legítima, es evidente que en ésta se realizó el derecho de su madre, y por muerte de aquélla lo transmitió á su padre Gabriel Conde Escudero:

Considerando, por último, que es igualmente inaplicable la ley 34, título 9.º, Partida 6.ª que se cita en el tercer motivo, porque para que quedara sin efecto el legado era preciso que la legataria muriera antes de los veinticinco años y sin sucesión, y este segundo extremo no se cumplió, según queda demostrado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis García Murias, como marido de Doña Josefa Galdós del Campo, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 15 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Mayo del mismo año.)

114

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA (15 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Inhibitoria.*—Ha lugar al interpuesto por D. Francisco de Paula Torrens en pleito con Doña Dolores Llanes (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que según el art. 106 de la ley de Enjuiciamiento civil, contra las sentencias de las Audiencias en que se deciden cuestiones de competencia, sólo se da

el recurso de casación por quebrantamiento de forma después de fallado el pleito en definitiva:

Que conforme al núm. 29 del art. 63 de dicha ley, en los depósitos de personas es Juez competente el que conozca del pleito ó causa que los motive; y cuando no hubiese autos anteriores, lo será el del domicilio de la persona que deba ser depositada; añadiendo el art. 64 que el domicilio de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos es el que éstos tengan:

Que no estando legalmente separada la esposa del marido, no debe interpretarse ni extenderse el precepto de la ley para sentar que el domicilio de la primera sea distinto del de el segundo, puesto que la separación no legal de los cónyuges no debe ser tenida en cuenta para los efectos legales de determinar el Juez competente para conocer de las reclamaciones entre aquéllos sobre depósito y alimentos.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Abril de 1891, en los autos de competencia sobre inhibitoria suscitada por el Juez de primera instancia de Manresa al de igual clase de Tarragona en el conocimiento de las diligencias de jurisdicción voluntaria sobre depósito de Doña Dolores Llanes y Benet, consorte de D. Francisco de Paula Torrens y Serra, promovidas por la misma Doña Dolores ante el Juzgado de Tarragona, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por Torrens contra sentencia dictada por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona resolviendo la inhibitoria, y sostenido en su defensa y representación por el Letrado D. Alfonso González y el Procurador D. Luis de Figuerola, habiéndolo estado Doña Dolores Llanes por el Licenciado D. Ricardo Ventosa y el Procurador D. Pablo Soler:

Resultando que con escrito de 23 de Diciembre de 1889 acudió Doña Dolores Llanes y Benet al Juzgado de primera instancia de Tarragona, pidiendo decretara el depósito de su persona con el fin de poder intentar demanda de divorcio contra su marido D. Francisco Torrens y Serra, que se había ausentado de la casa y compañía de su esposa é hijos, hasta el punto de que en un período de cuatro años sólo una vez, hacía más de dos años, había estado con la familia, volviendo á ausentarse en el mismo día, sin que fijamente pudiera saberse su residencia, pues ni siquiera había contestado las cartas que ella y sus hijos le habían dirigido repetidas veces, y por un otrosí pidió se le proveyera de los alimentos necesarios, no sólo para la vida, sino también para sufragar los gastos y costas de los juicios que tenía que entablar contra su marido, á cuyo efecto detalló los bienes que componían el caudal de su esposo:

Resultando que en providencia del siguiente día acordó el Juzgado que se ratificase Doña Dolores Llanes en su escrito, para lo cual se trasladaría el Juzgado á su domicilio, señalando para dicho acto hora determinada del quinto día, contado desde el siguiente al en que fuese citado D. Francisco Torréns para que concurriera al acto; apercibido de que si no acudía se practicarían sin su asistencia las actuaciones correspondientes; y practicarían sin su asistencia las actuaciones correspondientes; y practicada dicha citación en 31 de dicho mes en la ciudad de Manresa, donde aquél residía, tuvo lugar la constitución del depósito de Doña Dolores, prévia la ratificación de ésta en 5 de Enero siguiente, acordando el Juzgado en providencia del mismo día que se intimara á D. Francisco Torrens para que no molestara á su esposa ni al depositario nombrado; bajo apercibimiento de proceder contra él á lo que hubiere lugar; y que se hiciera saber á Doña Dolores que si en el término de un mes no acreditaba haber intentado la demanda de divorcio ó querella de adulterio, se dejaría sin efecto el depósito y sería restituída á la casa de su marido, y señalando en otra de 17

para alimentos de la depositada la cantidad de 750 pesetas mensuales, que debería pagarle su marido por mensualidades anticipadas:

Resultando que para la notificación á Torrens de estos dos proveídos se libró nuevo exhorto al Juzgado de Manresa, manifestando aquél al ser notificado en 13 de dicho mes de Enero que no podía reconocer la competencia del Juzgado de Tarragona porque tenía propuesta la inhibitoria; y habiendo acreditado la representación de Doña Dolores Llanes con certificación de fecha 31 de aquel mes, acompañada con escrito de la misma fecha, que tenía presentada en el Tribunal eclesiástico de Tarragona demanda de divorcio contra su marido, que se estaba tramitando, proveyó el Juzgado en el mismo día que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1495 de la ley de Enjuiciamiento civil, se ratificaba el depósito de Doña Dolores:

Resultando que con fecha 4 de dicho mes de Enero expidió dos certificaciones el Secretario del Ayuntamiento de Manresa con el V.º B.º del Alcalde, haciendo constar en una que Doña Dolores Llanes, consorte de D. Francisco Torrens, constaba inscrita en el padrón de vecinos de aquella ciudad formado con motivo del censo de población correspondiente al 31 de Diciembre de 1887, y domiciliada en la calle del Borne, núm. 19, sin que posteriormente resultase antecedente alguno de haber trasladado su residencia á distinta población, y en la otra que D. Francisco Torrens, Abogado y propietario, aparecía inscrito en el padrón de vecinos de aquella ciudad formado el año de 1886, así como en el censo de población correspondiente al 31 de Diciembre de 1887, domiciliado en la calle del Borne, núm. 19, sin que constase que hubiese trasladado posteriormente su residencia, con cuyas dos certificaciones, debidamente representado, dedujo D. Francisco Torrens y Serra en el Juzgado de Manresa, en el mismo día 4 de Enero, la inhibitoria de jurisdicción solicitando se requiriera al Juez de primera instancia de Tarragona para que dejara de conocer del expediente de depósito instado ante él por Doña Dolores Llanes, y remitiera inmediatamente los autos para su tramitación por aquel Juzgado, como único competente, según la ley, alegando en su apoyo que el art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil preceptúa en su regla 20 que en los depósitos de personas será Juez competente el que conozca del pleito ó causa que lo motiva, previniendo en su apartado 2.º que cuando no hubiere autos anteriores será Juez competente el del domicilio de la persona que sea depositada, y disponiendo el art. 64 terminantemente que el domicilio de las mujeres casadas que no estén legalmente separadas de sus maridos será el que éstos tengan; que, por lo tanto, teniendo el alegante su domicilio en aquella ciudad, como lo acredita la certificación que acompañaba, era evidente que, á tenor de las disposiciones citadas, el Juez competente que podía y debía conocer del expediente de depósito promovido por su esposa Doña Dolores era el de aquella misma ciudad, y que no cabía objetar la disposición del párrafo segundo del art. 1882, porque éste se refería sólo al caso de que la mujer no se encontrase en la casa del marido, no fuera del domicilio legal del marido, y no necesitaba explicar al Juzgado la distinción entre la casa y el domicilio legal, único que podía ser objeto de controversia, y éste era innegable que lo tenía el alegante en Manresa y no en Tarragona:

Resultando que oído el Fiscal municipal, dictó el Juez de Manresa auto inhibitorio en 16 del indicado mes, expidiéndose en el mismo día el oficio y testimonio correspondiente al Juzgado de Tarragona, en cuyas actuaciones se hace constar que se recibieron en 4 de Febrero, en cuya misma fecha proveyó el Juzgado que, con suspensión de todo procedimiento, se confería traslado del requerimiento de inhibición á la parte actora por término de tres días improrrogables:

Resultando que utilizado el traslado conferido impugnó la representación de Doña Dolores Llanes la inhibitoria propuesta, presentando con su escrito certificación de la inscripción del nacimiento en el Registro civil de aquella ciudad de un hijo legítimo de dicha Doña Dolores y de su marido D. Francisco Torrens, llamado José María Antonio, verificada en 21 de Septiembre de 1883, en cuya inscripción se hizo constar que aquéllos se hallaban domiciliados en dicha capital; y alegando en apoyo de su pretensión que no se trataba del caso en que la mujer, separándose de la casa marital por su voluntad, hubiera fijado su residencia ó domicilio en otra población, sino de una mujer casada que vivía en la misma casa en que nació, en la que continuó viviendo después de casada, y en la que había dado á luz los cuatro hijos que había tenido de su matrimonio con Don Francisco Torrens, siendo el último el mencionado en la certificación que acompañaba, nacido en 18 de Septiembre de 1883; de cuya certificación se desprendía que el domicilio de ambos esposos se hallaba en aquella capital; que Doña Dolores había tenido y tenía su residencia habitual en la casa núm. 3 de la plaza de las Coles, y en ningún tiempo había residido fuera de ella más de dos meses ni había dejado de habitarla en unión de sus hijos y su marido; siendo éste el que la había abandonado cambiando de habitación ó residencia; que en la misma casa permaneció con sus hijos después de abandonada por su marido, sin que éste durante más de dos años de no haber entrado en la casa marital hubiera hecho la menor indicación á su esposa para que fuera á vivir en su compañía; que quien así procede no podía invocar que el domicilio de la mujer fuera el mismo que el de su marido, porque el propio marido era quien deseaba y ponía en práctica los medios conducentes á que su esposa no viviera con él; siendo la causa de esto el de vivir en unión de la mujer con quien sostenía relaciones ilícitas que habían dado lugar á la demanda de divorcio presentada ante el Tribunal eclesiástico de aquella ciudad, y para cuyo intento se había solicitado el depósito que motivaba la inhibición que impugnaba; que, por lo tanto, repetía, por ser el verdadero punto de vista que debía tenerse presente para resolver la competencia, que Doña Dolores Llanes no se había separado de su marido, sino que éste había abandonado la casa marital, por lo que no era aplicable al caso la letra al artículo 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, y tenía que considerarse domicilio de la mujer el lugar en que residía y del que no se había separado nunca, consintiéndolo así el marido, por cuya razón, el domicilio legal de de D.ª Dolores, que determinaba la competencia del Juzgado, no era ya el del lugar donde tuviera su domicilio D. Francisco Torrens, sino el en que vivía ó residía aquélla, que en este caso era su verdadero domicilio, conforme al apartado 2.° de la regla 20 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil; que se comprendía perfectamente que la mujer abandonada por su marido, desde el momento en que lo está, no puede seguirle adonde fije su residencia, por que puede cambiarla cuando le plazca, sobre todo no queriendo tenerla á su lado; y era además de tenerse en cuenta que con arreglo á lo dispuesto en el cap. 2.° del tít. 1.° de la ley Municipal, ni el domicilio ni la vecindad podían adquirirse sin la residencia efectiva y continuada; y que el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Junio de 1887, había resuelto en un caso análogo, que era Juez competente el de la residencia de la mujer que estaba separada de su marido por haberla éste abandonado, y haber aquélla vivido y residido en otra población sin oposición alguna por parte de su esposo:

Resultando que el Ministerio fiscal estuvo conforme con lo solicitado en el anterior escrito, haciendo suyas las razones alegadas en el mismo; y en virtud de resolución del Juzgado para mejor proveer, se trajo á los autos una certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Ta-

rragona, con el V.º B.º del Alcalde, en la que se hace constar que en el padrón de vecinos correspondiente á los años 1869 y 70 se hallaban relacionados como habitantes en la plaza de las Coles, núm. 3, piso primero, D. Francisco Torrens Serra, Doña Dolores Llanes Benet y otras dos; que en el quinquenal de 1871 á 75 figuraban inscritos en el mismo domicilio, además de las personas antes expresadas, la niña Carmen Torrens Llanes, existiendo una nota en la hoja del padrón de fecha 27 de Agosto de 1874, haciendo constar la baja de toda la familia en ella inscrita, por haber tras ladado su domicilio á San Martín de Torruella; que en el perteneciente al quinquenio de 1875 á 80 aparecían continuados en la cédula de inscripción de la casa y piso indicados D. Francisco Torrens Serra, Doña Dolores Llanes Benet, las niñas Carmen y Francisca Torréns Benet y otras; que en virtud de acuerdo del Ayuntamiento de 7 de Febrero de 1879, fueron eliminados de dicha última hoja del padrón los cuatro nombrados por no residir en aquella capital, no figurando desde aquella fecha en ningún empadronamiento, y que sin embargo de las noticias adquiridas por los agentes de la Alcaldía y de lo certificado por el Alcalde del barrio segundo, resultaba que Doña Dolores Llanes Benet y sus hijos hacía más de cuatro años que venían residiendo constantemente en aquella ciudad:

Resultando que en 8 de Marzo dictó auto el Juez de primera instancia de Tarragona negando la inhibición requerida por el de Manresa, y declarándose competente para conocer del expediente de depósito de Doña Dolores Llanes, y remitidos los autos á la Audiencia de Barcelona por haber insistido el Juez de Manresa en auto del 21 del mismo mes en la inhibitoria, se sustanció la competencia ante la Sala primera de lo civil, con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal, y habiéndose personado las dos partes litigantes, y previa citación y vista, dictó sentencia la mencionada Sala en 6 de Junio último, declarando competente al Juez de primera instancia de Tarragona para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria sobre depósito de Doña Dolores Llanes y Benet y sus incidencias promovido por la misma, y mandado remitir á dicho Juez las actuaciones instruídas en ambos Juzgados para que continuara conociendo de ellas:

Resultando que con el depósito de 500 pesetas interpuso D. Francisco Torrens y Serra contra dicha sentencia recurso de casación por quebrantamiento de forma, manifestando que hacía uso al interponerlo del derecho que concede el art. 106 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, contra las sentencias de las Audiencias en que se deciden cuestiones de competencia, se da recurso de casación por quebrantamiento de forma después de fallado el pleito en definitiva, siendo el pleito ya fallado en definitiva en el presente caso, el expediente de jurisdicción voluntaria sobre depósito de Doña Dolores Llanes, definitivamente terminado con el auto y diligencia de ratificación de depósito de 31 de Enero último, y fundado en el caso 6.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón de la incompetencia de jurisdicción declarada en la sentencia recurrida.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que, según el art. 106 de la ley de Enjuiciamiento civil, contra las sentencias de las Audiencias en que se deciden cuestiones de competencia, sólo se da el recurso de casación por quebrantamiento de forma después de fallado el pleito en definitiva, y que en el caso presente, no sólo estaba fallada sino ejecutada la resolución referente al depósito, y en ejecución la relativa á alimentos provisionales acordados en el mismo expediente, las cuales motivaron la cuestión de competencia que resuelve la sentencia recurrida:

Considerando que, conforme al núm. 20 del art. 63 de dicha ley, en los depósitos de personas es Juez competente el que conozca del pleito ó causa que los motive; y cuando no hubiese autos anteriores, lo será el del do-

micilio de la persona que deba ser depositada; añadiendo el art. 64 que el domicilio de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos es el que éstos tengan:

Considerando que en el caso de que se trata no existían autos anteriores, siendo el domicilio del marido la ciudad de Manresa, y que no estando separada legalmente la esposa de aquél no debe interpretarse ni extenderse el precepto de la ley, cual se hace en la sentencia, para sentar que el domicilio de la esposa sea distinto del de su marido, puesto que la separación no legal de los cónyuges no debe ser tenida en cuenta para los efectos legales que se pretenden;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Francisco de Paula Torrens y Serra, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 6 de Junio de 1890 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, y todo lo actuado ante el Juzgado de primera instancia de Tarragona; devuélvase á dicha parte recurrente el depósito constituído, y remítanse los autos á la Audiencia de Barcelona con la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 15 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Julio del mismo año.)

115

Recurso de casación (17 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Abono de litis expensas.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Gaspar Klaes en pleito con Doña Luz Canuedo (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que según los artículos 1.º y 3.º del nuevo Código civil, las leyes no rigen hasta los veinte días de su promulgación, y no tienen efecto retroactivo si no disponen lo contrario, y conforme al párrafo inicial de las disposiciones transitorias dictadas para su aplicación, y sus reglas 1.ª y 4.ª, las variaciones introducidas por dicho Código que perjudiquen derechos adquiridos, según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo, sino que se regirán por ella, aunque la nueva los regule de otro modo, ó no los reconozca, subsistiendo con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, los derechos y acciones nacidos durante ella aunque no se hayan ejercitado antes de regir el repetido Código, sin otra limitación que la de sujetarse á lo por él dispuesto en cuanto á su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer:

Que celebrado con anterioridad al nuevo Código el matrimonio de donde nacen los derechos y acciones que sobre abono de litis expensas ejercite una mujer contra su marido, son inaplicables al caso las disposiciones del mencionado Código.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Abril de 1891, en los autos incidentales seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Este de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, por Doña Luz Canuedo y Estrada, dedicada á sus labores, con su marido D. José Gaspar y Klaes, propietario, ambos de esta vecindad, sobre abono de litis expensas; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, dirigido y representado por el Licenciado D. Manuel Pedregal y Cañedo y el Procurador D. Julián Fernández García, habiéndolo estado la demandante y recurrida por el Licenciado D. Eduardo Ródenas y el Procurador D. Francisco Quintín Fernández:

Resultando que en operaciones de liquidación y división del caudal de

la Sociedad Gaspar editores, y en las de testamentaría de D. José Gaspar y Maristany, se adjudicaron á D. José Gaspar y Klaes bienes por valor de 75.000 pesetas, tres dozavas partes en los derechos á la partición en la casa de comercio «Buxó y Compañía», de Méjico, é igual participación en los créditos inventariados que quedaron proindiviso; y seguido el pleito en el año 1883 por el curador *ad litem* del D. José Gaspar y Klaes en reclamación de 14.803 pesetas y 20 céntimos contra la mencionada Sociedad Gaspar editores, fué condenada ésta, habiendo otorgado en 4 de Agosto de 1889 una escritura Doña Josefa Alba y Rodríguez, D. José y Doña Milagros Alba, por sí, y Doña Visitación Fernández, también por sí y en representación de su hija Doña Juana Gaspar y Fernández, cediendo á Don José Gaspar y Klaes, en pago de cantidades que le debían por virtud de sentencias de 29 de Enero y 9 de Junio de 1885, una participación importante 51.751 pesetas y 60 céntimos en la parte que á los cedentes correspondía en la citada casa de comercio «Buxó y Compañía», de Méjico:

Resultando que según los libros de contabilidad de D. Fernando Fe, quien desde 9 de Diciembre de 1887 hasta 31 de igual mes de 1889, tuvo la comisión de venta de libros de D. José Gaspar y Klaes, á éste, después de deducida la comisión de 35 por 100, le quedó un valor líquido de 5.224 pesetas y 44 céntimos; y según los amillaramientos de riqueza para el reparto de contribución en esta corte el D. José Gaspar y Klaes había contribuído en concepto de propietario en los años de 1884-85 á 1889-90, ambos inclusive, por dos casas, la una en la calle del Tutor, núm. 22, á la que se había fijado una renta anual de 4.795 pesetas, y un líquido imponible de 3.600, estando declarada la misma renta y un valor capital de 300.000 reales en la relación jurada que había servido de base al amillaramiento, y la otra casa en la calle de la Montera, núm. 3, con renta anuade 7.585 pesetas, líquido imponible de 5.690, y 400.000 reales de valor cal pital, siendo dueño también, según declaró al absolver ciertas posiciones, de otra casa en la enunciada calle del Tutor:

Resultando que Doña Luz Canuedo, mujer del D. José Gaspar y Klaes, solicitó y obtuvo del Juzgado de primera instancia del distrito del Este su depósito para entablar demanda de divorcio por sevicia é infidelidad de su esposo, habiéndosela señalado alimentos provisionales para ella y su hija;

Resultando que en 4 de Enero de 1890 presentó la Doña Luz Canuedo, en las actuaciones sobre dicho depósito, demanda incidental, pidiendo se declarara: primero, que la correspondían litis expensas para litigar con su marido; segundo, que éste venía obligado á satisfacer, tan pronto como fuese firme la sentencia que recayera, todas las costas y gastos judiciales hasta entonces originados á la Doña Luz en los diversos ramos de autos en que hubiese sido parte; tercero, que igualmente venía obligado á satisfacer las costas que con posterioridad á dicha sentencia se devengaran, debiendo para ello entregar á su esposa, por trimestres anticipados, la cantidad de 1.500 pesetas en cada uno para atender á los gastos judiciales que durante los mismos ocurrieran, debiendo la repetida Doña Luz rendir cuenta justificada al final de cada trimestre de la cantidad recibida en el mismo, teniéndose como entrega á cuenta del siguiente la que sobrara después de cubiertas las atenciones de él; y cuarto, la imposición al demandado de las costas del incidente; para lo cual alegó entre otros hechos: que además de las actuaciones ya incoadas y del pleito del divorcio, tenía que promover el juicio definitivo de alimentos, ó los oportunos y necesarios incidentes sobre provisiones extraordinarias de fondos para atender á la curación de la gravísima enfermedad que padecía, la cual exigía una medicación costosa y una asistencia facultativa casi diaria, necesidades que habrían de quedar desatendidas sin esas provisiones extraordinarias, por no bastar la

pensión alimenticia provisionalmente fijada á cubrir los gastos de su alimentación y de la de su hija; y además si Gaspar, como había anunciado, impugnaba dicha pensión alimenticia provisional tendría que acudir al incidente y se la originarían nuevos gastos, no pudiendo acogerse al beneficio de pobreza por ser las rentas de su esposo superiores al jornal de tres braceros en la localidad, y estando falta de todo recurso, aparte de la referida pensión, no la era posible sufragar los gastos hechos en su defensa, ni los que se originaran en los ramos de autos ya promovidos y en los que se promoverían; que atendidos los considerables de la interposición de la demanda de divorcio, y el número de ramos que había necesidad de sostener ó promover, la cuota de litis expensas no podía bajar de 1.500 pesetas al trimestre, con la condición expresada en la súplica; y como fundamentos de derecho, invocó: las leyes 3.ª y 5.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; el principio jurídico de que si bien el marido hace suyos los productos de los bienes que constituyen el caudal conyugal, es con la obligación de levantar con ellos las cargas del matrimonio, entre las cuales se comprenden los gastos judiciales ocasionados por los litigios que cualquiera de los cónyuges se vea obligado á sostener, según lo había declarado repetidamente este Tribunal Supremo; la doctrina legal sentada también por este mismo Tribunal en varias sentencias, de que el marido tiene el deber de representar en juicio á su mujer, y cuando no pueda hacerlo, como en el presente caso, debe sufragar los gastos que la defensa de la misma origine, facilitando la litis expensas con dicho objeto, cuya doctrina es conforme al régimen de los bienes de la sociedad conyugal; la igualmente establecida por este Tribunal Supremo, según la que la obligación de satisfacer litis expensas, como fundada en las enunciadas relaciones de familia, nace con el hecho del gasto judicial necesario y no al tiempo de pedirse su cumplimiento, y en su virtud, D. José Gaspar Klaes venía obligado á satisfacer las litis expensas necesarias para atender á los gastos ocasionados desde que su esposa había tenido que acudir á los Tribunales, y no desde la fecha de aquella demanda; el art. 18 de la ley de Enjuiciamiento civil, con arreglo al cual, como D. José Gaspar disfrutaba renta superior al jornal de tres braceros, no podía su mujer acogerse al beneficio de defensa gratuita, y era, por tanto, indispensable la concesión de las litis expensas para no dejar desatendida por falta de recursos la defensa de sus derechos, y la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª:

Resultando que el demandado se opuso á la demanda, en cuanto se deducía como incidente del depósito provisional, é impugnó asimismo el abono de litis expensas, alegando con este último objeto, único á que el presente recurso se refiere: que las leyes y jurisprudencia invocadas por la demandante habían perdido toda su fuerza con la publicación del vigente Código civil, el cual las derogaba; que éste determinaba en su artículo 68 los efectos civiles de la nulidad del matrimonio y del divorcio, y no imponía al marido la obligación de abonar á su mujer litis expensas para pleitear contra él, sin poderse tampoco considerar las mismas como cargas de la sociedad de gananciales, puesto que esas cargas y obligaciones se hallaban taxativamente determinadas en el art. 1408 del repetido Código; que con arreglo al 1410, sólo podría repetirse contra los gananciales para el pago de los gastos judiciales hechos por la mujer en su propia defensa, después de cubiertas las atenciones enumeradas en el antes citado 1408, si la mujer no tuviera capital propio, ó fuera éste insuficiente; que no contándose entre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales los gastos ocasionados por la mujer al pleitear contra su marido, debían aquéllos estar á cargo de la mujer y gravar su parte en los mismos, después de cubiertas las obligaciones del matrimonio; y que la perturbación introducida en la normalidad de la vida matrimonial por la

demanda de divorcio, destruía el carácter que hasta entonces revestía cada uno de los cónyuges, perdiendo el marido el suyo de protector de la mujer, con todas las obligaciones anejas, y por consiguiente, ambos se colocaban bajo el amparo de la justicia en una situación de perfecta igualdad que no permitía se concedieran á la mujer que se defendía judicialmente contra su marido privilegios ni ventajas respecto del mismo que, como administrador de la sociedad de gananciales, sólo estaba obligado, con arreglo á los artículos 68 y 1408 y siguientes del Código civil, á sostener la familia, y por consiguiente, á alimentar á la mujer y cumplir todas las demás obligaciones que le imponía el citado art. 1408:

Resultando que, continuada la tramitación en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó, en 21 de Junio del año próximo pasado, sentencia revocatoria, declarando que á Doña Luz Canuedo y Estrada correspondían litis expensas para litigar con su marido D. José Gaspar Klaes, y condenando á éste: primero, á satisfacer íntegramente, luego que dicha sentencia fuera firme, todas las costas y gastos judiciales que hasta entonces se hubiesen originado á su esposa la Doña Luz en los diversos ramos de autos, en que por consecuencia del depósito provisional y de la demanda de divorcio hubiera sido parte; y segundo, á que en adelante entregara á su esposa la suma de 1.500 pesetas, por trimestres adelantados, para atender con su importe á los gastos y costas judiciales que durante los mismos ocurrieran, debiendo la Doña Luz rendir cuenta justificada, al final de cada una de aquéllos, de la cantidad recibida en el mismo, y teniéndose como entrega á cuenta del siguiente la cantidad que sobrara después de cubiertas las atenciones de él; sin hacer especial condenación de costas de primera ni de segunda instancia:

Resultando que D. José Gaspar Klaes ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando haberse infringido:

1.º El art. 1.º y la disposición 1.ª transitoria del Código civil, porque Doña Luz Canuedo, en su petición de litis expensas, invocó las leyes 3.ª y 5.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la doctrina de jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en varias sentencias, por virtud de las cuales se declaró que el marido tenía el deber de representar en juicio á su mujer, y que no pudiendo hacerlo estaba obligado á sufragar los gastos judiciales que la defensa de sus derechos originara, leyes y jurisprudencia que sirven de fundamento á la sentencia recurrida y que perdieron su valor legal desde que se publicó el Código civil, no teniendo aplicación á la demanda de divorcio propuesta por Doña Luz Canuedo; demanda que, si fuera anterior á la publicación del Código, se regiría por la legislación antigua, con arreglo á la citada disposición 1.ª transitoria; pero como la Doña Luz se constituyó en depósito judicial para interponer dicha demanda de divorcio en 13 de Diciembre de 1889, cuando ya regía el Código, hay que atenerse á las disposiciones de éste:

2.º El art. 68 del mismo Código civil, precepto en el cual están concretamente determinados los efectos civiles de la demanda de divorcio admitida por Tribunal competente, no figurando en la categoría de tales efectos civiles la prestación de litis expensas al cónyuge que propone la demanda, toda vez que la Sala sentenciadora, traspasando los límites señalados por el legislador, adopta la disposición de asignar litis expensas á la mujer demandante:

3.º Los artículos 1408 y 1410 del citado Código civil, especialmente el caso 1.º de aquel artículo, por la errónea interpretación que se le da, puesto que son objeto de enumeración precisa en el referido art. 1408 las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, y entre ellas no figura la

prestación de litis expensas por parte del marido, como administrador de dicha sociedad de gananciales, á la mujer que propone demanda de divorcio; y en la sentencia que condena á D. José Gaspar Klaes al pago de las litis expensas reclamadas por estimarlas comprendidas de una manera genérica en el caso 1.º del citado art. 1408, y que son carga de matrimonio, cuando para que estuviera comprendida en ese precepto aquella obligación, sería necesario demostrar que la mujer puede legalmente obligar á la sociedad conyugal promoviendo demanda de divorcio, y esa obligación falta; pues si legalmente queda obligada la sociedad conyugal al pago de las deudas que contrae la mujer en la adquisición de cosas necesarias para el consumo de la familia, en todos los demás casos no puede contraer obligaciones á nombre de la sociedad sin el consentimiento del marido; siendo además de tener presente que el art. 1410 prescribe que las deudas contraídas, lo mismo por el marido que por la mujer, á consecuencia de multas ó condenas que se les hayan impuesto, se harán efectivas con los bienes gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1408, si el cónyuge deudor no tuviese capital propio; y las deudas procedentes de gastos judiciales son análogas á las que dimanan de una condena, pues condena es en la esencia la imposición de las costas causadas á la propia instancia del condenado; y por ende responderán los gananciales, después de cubrir las atenciones expresadas en el art. 1408, de los gastos que origine Doña Luz Canuedo, salvo el caso de imposición de costas en los pleitos que sigue contra su marido, pero no éste, porque se trata de deudas que la mujer contrae en su propio interés, y en todo caso la Sala sentenciadora establece, como fundamento del fallo, que los productos de los bienes correspondientes á la sociedad conyugal están sujetos al pago de las deudas que durante el matrimonio se contraigan en defensa de la mujer, y los productos no son los bienes del marido, sino los gananciales, contra los cuales será procedente la acción, sin que la condenación alcance á los bienes del marido:

Y 4.º El art. 18 de la ley de Enjuiciamiento civil, por indebida aplicación, porque no se trata en este pleito de la defensa por pobre que Doña Luz puede solicitar, envolviendo un error palmario la suposición de que resuelve la cuestión actual en sentido favorable para Doña Luz Canuedo el citado artículo, mediante referirse éste á una doctrina de nuestra antigua jurisprudencia que ampliaba más de lo justo las obligaciones de la sociedad de gananciales, las cuales determina con precisión y restringe el nuevo Código, siendo indudable que con la reforma de éste queda modificada la regla de la ley de Enjuiciamiento en cuanto se refería al precepto modificado del derecho civil; y que si Doña Luz estima conveniente defenderse por pobre, y no se acredita contra su pretensión que después de cubiertas las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales queda un sobrante que equivale al jornal de tres braceros, tendrá derecho á que se la oiga por pobre.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que según los artículos 1.º y 3.º del nuevo Código civil, las leyes no rigen hasta los veinte días de su promulgación, y no tienen efecto retroactivo si no disponen lo contrario, y conforme al párrafo inicial de las disposiciones transitorias dictadas para su aplicación, y sus reglas 1.ª y 4.ª, las variaciones introducidas por dicho Código que perjudiquen derechos adquiridos, según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo, sino que se regirán por ella, aunque la nueva los regule de otro modo, ó no los reconozca, subsistiendo con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, los derechos y acciones nacidos durante ella aunque no se hayan ejercitado antes de regir el repetido Código, sin otra limitación que la de sujetarse á lo por el

dispuesto en cuanto á su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer:

Y considerando que celebrado con anterioridad al nuevo Código por D. José Gaspar con Doña Luz Canuedo el matrimonio de donde nacen los derechos y acciones ejercitados en este litigio, carecen de oportunidad los motivos del recurso exclusivamente fundados en disposiciones de la nueva legislación civil, todas ellas inaplicables, como posteriores á dicho matrimonio;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Gaspar Klaes, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Mayo del mismo año.)

116

Recurso de casación (17 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Rescisión de un contrato de venta.*—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Gutiérrez y otro en pleito con D. Francisco Latourrette (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que el recurso autorizado por el núm. 7.o del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil ha de fundarse necesariamente, para que pueda prosperar, en haberse cometido error de derecho ó de hecho, con tal que este último resulte evidente de documentos ó actos auténticos:

Que no se funda en ninguna de estas causas el recurso en que si bien se atribuye á la sentencia recurrida el error de hecho de haber apreciado por valor inferior al verdadero las fincas que fueron objeto de la venta cuya rescisión por lesión enormísima se pretende, se le hace derivar del dictamen emitido por los peritos sobre el valor de dichas fincas, que ni es documento ni siquiera acto auténtico para los efectos del mencionado artículo, sino otro medio de prueba distinto que, sobre no imponerse al criterio judicial, puede y debe ser apreciado libremente con sujeción á las reglas de la sana crítica:

Que no infringe la ley 2.a, tít. 1.o, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 56 y 62, tít. 5.o, Partida 5.a, la sentencia absolutoria de una demanda sobre rescisión de venta por lesión enormísima, si conformándose con el dictamen de los peritos ha dado á las fincas el valor que los mismos les asignaron en conjunto, ó sea comprendiendo así las edificaciones, como el suelo, y prescinde por ello con razón del que dieron al último por vía de detalle, no excediendo dicho valor del valor en que aquéllas fueron vendidas.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Magdalena, de Sevilla, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por Don Manuel Gutiérrez Ubal, como padre de D. Manuel Gutiérrez López, jornalero y vecino de dicha ciudad, y D. Luis García Sánchez, como curador *ad litem* de D. Bernardino Guerrero Aroca, y después éste por sí, por haber llegado á la mayor edad, de la misma ocupación y vecindad, representados por el Procurador D. José María Cordón, y defendidos por el Letrado Don José Atanasio Rodríguez del Valle, con D. Francisco Latourrette y Tasso, propietario, de igual vecindad, y en su nombre el Procurador D. Gil Barrasa del Olmo, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Sendras, sobre rescisión de un contrato de venta:

Resultando que, por escritura otorgada en 2 de Mayo de 1884, D. Anselmo Gutiérrez y Orcajada vendió á D. Francisco Latourrette y Tasso, una casa-huerto, collación de Santa Marina, calle de Macasta, núm. 10, en la ciudad de Sevilla, con la casa de baños, con sus cuartos, pilas y demás enseres, construída en parte de dicho jardín con todo lo demás edificado tal como existía, en precio de 10.000 pesetas; otra casa en dicha calle número 8, en 2.000 pesetas, y otra en la calle de San Luis, núm. 68, sobre la que pesaba un tributo de 168 reales de réditos anuales á favor del mayorazgo fundado por D. Diego Jiménez Bayo en 7.000 pesetas, importando todos á una suma la cantidad de 20.000 pesetas, de las que se deducían 13.000 por resto del capital de una hipoteca de 15.000 á favor del Presbítero D. Antonio Márquez Valdivia, que quedaban en poder del comprador para abonarlas al dueño del crédito, entregando las restantes 7.000 pesetas en aquel acto el comprador al vendedor, y declarando ambas partes que el precio referido era el valor verdadero de las cosas enajenadas, por lo cual renunciaban á toda acción rescisoria; que la venta se hacía con el pacto de retro, por dos años, disfrutando durante este tiempo en arrendamiento el vendedor las fincas enajenadas por la renta anual de 16.000 pesetas, que había de pagar por años anticipados, siendo además de su cargo el pago de las contribuciones, el de los réditos del censo que gravaba una de las casas y los repartos del seguro de incendios; siendo causa bastante para estimar vencidos el plazo del pacto de retro la falta de cualquiera de estos pagos, y pudiendo prorrogarse el plazo del mismo por dos años, á voluntad de D. Anselmo Gutiérrez, previo aviso por escrito con dos meses de anticipación al vencimiento de los primeros dos años:

Resultando que D. Anselmo Gutiérrez Orcajada suscribió un documento firmado en 17 de Marzo de 1885, confesando haber recibido de D. Francisco Latourrette y Tasso 1.500 pesetas que se obligó á devolverle el día 15 de Septiembre de aquel año, y caso de no verificarlo se entendería vencido y caducado el plazo del pacto de retro en que había vendido las tres referidas fincas por la anterior escritura:

Resultando que en 6 de Junio del mismo año falleció D. Anselmo Gutiérrez de Orcajada en el acto de otorgar testamento, en el cual instituyó por sus únicos y universales herederos á Dolores Avila García, Manuel Gutiérrez Ubal, Adela Gutiérrez López, Carmen Sabio y Orcajada, Bernardino Guerrero Aroca, Micaela Carmona Camacho y Manuel Gutiérrez García, sin que pudiera terminar dicho acto por haberse agravado en su enfermedad hasta el punto de perder la razón:

Resultando que D. Manuel Gutiérrez y García, en concepto de albacea de la testamentaría del difunto D. Anselmo Gutiérrez Orcajada, demandó de conciliación en 20 de Enero de 1886 á D. Francisco Latourrette para que percibiera 5.000 reales de dicha testamentaría por intereses de un préstamo, cuya suma se negó á recibir el demandado porque no tenía hecho ninguno al difunto Gutiérrez Orcajada, sino una escritura de venta de las ya citadas fincas con pacto de retro, cuyo plazo había renunciado con posterioridad el vendedor en virtud del citado documento, no obstante lo cual se hallaba conforme en devolver las fincas si al día siguiente se le reintegraba del capital, réditos y demás valores que tenía satisfechos, terminando el acto sin avenencia; no habiéndose logrado tampoco en el que tuvo lugar en 15 de Febrero siguiente á instancia del mismo albacea para manifestar á Latourrette que, en virtud de la escritura de 2 de Mayo de 1884, los testamentarios de Gutiérrez Orcajada habían optado por la prórroga de dos años más de compromiso, recordándole al mismo tiempo que el resto de su crédito correspondiente á aquel año lo tenía á su disposición en la Notaría de D. José María Trillo, habiendo contestado el representante de Latourrette que no accedía á la prórroga por haber faltado los

actores á las condiciones de la escritura y renunciado el D. Anselmo el derecho que tenía de retraer las fincas:

Resultando que en 12 de Mayo del propio año 1886 dedujeron D. Manuel Gutiérrez Ubal, en representación de su hija Doña Adela Gutiérrez y López y D. Lino García Sánchez, como curador *ad litem* y *ad bona* de Don Bernardino Guerrero, la demanda objeto de estos autos contra D. Francisco Latourrette y Tasso para que, rescindiendo el contrato á que se refería la escritura citada de 2 de Mayo de 1881, se allanase el demandado á recibir el precio que entregó por los inmuebles relacionados, y á develver á los herederos de D. Anselmo Gutiérrez Orcajada las mencionadas fincas, con expresa condena de costas, por haberlas adquirido en 20.000 pesetas y exceder de 40.000 el valor de las mismas á juicio de peritos imparciales, invocando en apoyo de su pretensión las leyes 2.ª y 3.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la 62, tít. 5.° de la Partida 5.ª:

Resultando que D. Francisco Latourrette impugnó la demanda, oponiendo como excepciones perentorias las de defecto legal en el modo de proponer la demanda y la de falta de personalidad en los actores por no haber acreditado el carácter con que venían al juicio, las cuales no son objeto del recurso actual, alegando además que era improcedente la acción rescisoria, por exceder con mucho de la mitad del valor de las fincas las cantidades que por ellas había dado en concepto de precio, valiendo tan sólo 18.229 pesetas y un céntimo:

Resultando que recibido el juicio á prueba se practicó la pericial para determinar el valor de las fincas, declarando los peritos D. Francisco Aurelio Alvarez, D. Pedro Romero Sarmiento y D. Angel Romero Castillo, que la casa de la calle de San Luis valía 28.000 pesetas, y el terreno 10.425; que la casa de la calle de Mcasata, núm. 10, valía 6.563 pesetas, y su superficie 1.313; y la de la calle de Mcasata, núm. 8, 6.324, y el terreno 1.263, resultando en conjunto para las tres fincas un valor total de 40.887 pesetas; que valoradas las mejoras ú obras de reparación ejecutadas en ellas, ascendían á 1.000 pesetas, no pudiendo apreciar el valor de estimación de la finca como casa de baños, por depender esto del favor del público:

Resultando que suministradas otras pruebas por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla dictó, en 28 de Mayo de 1890, sentencia revocatoria absolviendo á Don Francisco Latourrette y Tasso de la demanda interpuesta por D. Manuel Gutiérrez Ubal como padre de Doña Adela Gutiérrez López, y D. Lino García Sánchez como curador *ad litem* de Bernardino Guerrero Aroca, representado éste después por sí mismo por haber llegado á la mayor edad, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Manuel Gutiérrez Ubal y D. Bernardino Guerrero Aroca han interpuesto recurso de casación, alegando;

1.° Que la Sala sentenciadora ha incurrido en error de hecho al apreciar la prueba referente al valor de las fincas vendidas por Gutiérrez de Orcajada á Latourrette, error que resultaba de un documento auténtico que demostraba la equivocación del juzgador, cual era la declaración de los peritos D. Francisco Aurelio Alvarez, D. Pedro Romero y D. Angel Romero del Castillo; que la sentencia tomaba como base de criterio para apreciar el valor de las fincas vendidas, estimando que, según esas declaraciones, el valor total era únicamente 40.887 pesetas, y sin embargo, era el de 53.888, porque había prescindido del valor del terreno que habían tasado aquéllos con separación de la edificación; equivocación transcendental para la resolución del pleito, puesto que se partía, para fijar la mitad del valor del derecho precio de las fincas, del supuesto valor de ellas:

Y 2.° Que la sentencia infringe la ley 2.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Noví-

sima Recopilación, y las leyes 56 y 62, tít, 5.º de la Partida 5.ª, en cuanto establecen que se deshaga ó rescinda la venta hecha por menos de la mitad del derecho precio, porque apareciendo de los mismos elementos de prueba que había apreciado la Sala sentenciadora que las tres casas fueron valuadas en 53.888 pesetas, á cuya cantidad había que agregar 901, valor de los efectos destruídos por el comprador, y deducír 1.000 pesetas, valor de las mejoras hechas por el mismo, dando un total valor de 51.879 pesetas, resultaba como mitad del precio la cantidad de 27.394 pesetas 50 céntimos; y á pesar de admitir como cierto y probado la sentencia que lo que entregó Lautorrette por todos conceptos al vendedor fueron 22.550 pesetas, suma inferior en cerca de 5.000 pesetas á la mitad del valor de las fincas enajenadas fijado por los peritos, había absuelto de la demanda al comprador.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que el recurso autorizado por el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil ha de fundarse necesariamente para que pueda prosperar en haberse cometido error de derecho ó de hecho, con tal que éste último resulte evidente de documentos ó actos auténticos, y no fundándose en ninguna de ambas causas el primer motivo del recurso presente, resulta ineficaz, pues si bien se atribuye á la sentencia recurrida el error de hecho de haber apreciado por valor inferior al verdadero las fincas que fueron objeto de la venta, cuya rescisión por lesión enormísima se pretende, se le hace derivar del dictamen emitido por los peritos sobre el valor de dichas fincas, que ni es documento ni siquiera acto auténtico para los efectos del mencionado artículo, sino otro medio de prueba distinto que, sobre no imponerse al criterio judicial, puede y debe ser apreciado libremente con sujeción á las reglas de la sana crítica:

Considerando que la Sala sentenciadora, conformándose con el dictamen de los peritos, ha dado á las fincas el valor que los mismos le asignaron en conjunto ó sea comprendiendo así las edificaciones como el suelo, y prescindió por ello con razón del que dieron al último por vía de detalle; y bajo tal concepto, falta el hecho sobre que descansa el motivo 2.º del recurso, por lo cual, y no excediendo dicho valor de la mitad del precio en que fueron vendidas, no se han infringido las leyes 2.ª, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 56 y 62, tít. 5.º de la Partida 5.ª, invocadas en su apoyo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Gutiérrez Ubal y D. Bernardino Guerrero Aroca, á quienes condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Junio del mismo año.)

117

RECURSO DE CASACIÓN (18 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Emilio García en pleito con D. Manuel Besteiro (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que la existencia del dolo es un punto de hecho sujeto á la apreciación de la Sala sentenciadora, y declarando la misma no haber existido, sin que contra esta declaración se haya probado cosa alguna, no es de estimar la infracción de las leyes 1.ª, 2.ª, 6.ª y 12, tít. 17, Partida 7.ª:

Que el hecho de que el inquilino haya cesado en el arrendamiento contratado por tiempo ilimitado, después de haberlo disfrutado más de un año, á

virtud del juicio de desahucio interpuesto por el administrador de la finca en uso de su derecho, excluye toda idea de perjuicio y de indemnización en favor del inquilino, y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 21, título 8.º, Partida 5.ª, y la regla 21, título 34, Partida 7.ª:

Que si en el correspondiente juicio de desahucio se examinó el contrato de arrendamiento y se dió aplicación é interpretación á sus cláusulas, pronunciándose la sentencia por el Juez competente, no es dable volver á examinar ni interpretar lo resuelto en un nuevo juicio sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, promovido por el inquilino, por lo que no pueden estimarse infringidas por la sentencia denegatoria de aquella indemnización la jurisprudencia sobre interpretación de los contratos y la ley 2.ª, tít. 33, Partida 7.ª

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sur de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, por demanda de D. Emilio García Berengeno, jornalero, de esta vecindad, contra D. Manuel Besteiro y Vázquez, como apoderado de D. Francisco de Paula Ayala y Guardabrazo, sobre pago de pesetas por indemnización de perjuicios por incumplimiento de ciertos contratos de arrendamiento, previa declaración de nulidad de los mismos si así fuera preciso; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el mencionado demandante García Berengeno, y en su defensa y representación el Licenciado D. Luis Martorell y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la parte demandada y recurrida:

Resultando que D. Manuel Besteiro, como administrador de la casa número 12 de la calle del Carmen de esta corte, y D. Emilio García Berengeno suscribieron en 1.º de Julio de 1886 un contrato por el que aquél dió al segundo en arrendamiento un cuarto tienda, según en él se le denomina, bajo las condiciones que se expresan, entre ellas: primera, que el inquilino había de satisfacer 15 pesetas mensuales adelantadas; segunda, que el atraso de ocho días en el pago daría lugar al desahucio; tercera, que en el caso de dejar el cuarto ó necesitarle el dueño ó su representante, se había de avisar con sesenta días de anticipación; cuarta, que la duración de este arriendo era por tiempo ilimitado, pero que de no ocupar el inquilino dos meses el cuarto, se obligaba á pagar, además de los alquileres devengados, otro más por vía de indemnización de perjuicios; y quinta, que no podía el inquilino ceder, traspasar el referido cuarto, ni destinarlo á otro objeto que el manifestado, ni variar la forma y distribución que tenía (aun á su costa) sin permiso por escrito del dueño ó su representante, y las obras que se hicieran con dicha condición por el inquilino quedarían á beneficio de la casa, sin que pudiera reclamar cantidad alguna por este concepto; y después de la firma de Besteiro y de García, se consignó, asimismo firmado por ambos, habían convenido, además, en las siguientes condiciones: primera, que este contrato se entendía hecho por tres años, á los efectos que durante este tiempo no le fuera subido el precio del arrendamiento; y segunda, que quedaba autorizado García para quitar la verja de hierro y la escalera de piedra que, perteneciente al edificio, tenía dentro de la tienda que ocupaba, los cuales, con la cerradura y llave que pertenecía á aquélla, debía conservar en su poder cuidadosamente para colocarlas en igual forma el día que terminara el contrato, salvo el caso de no convenir á Besteiro ó al dueño de la finca, en el cual debería entregarlo García en el mismo estado de conservación en que se encontraba; suscribiendo asimismo el propio día 1.º de Julio de 1886 los referidos Besteiro y García Berengeno otro contrato igual al anterior, relativo al cuarto tienda men-

cionado en aquél, pero sin las condiciones adicionales y sí una nota, que del propio modo suscribieron, que dice: «Este contrato es por tres años siempre que las dos partes estén conformes; es decir, que en este tiempo no se le ha de subir el arrendamiento á dicho señor»:

Resultando que en 1.º de Agosto de 1887 D. Emilio García presentó en la Administración de Contribuciones y Rentas de esta provincia declaración de que se iba á dedicar á la venta de bisutería fina en la calle del Carmen, núm. 12; y en 17 del mismo mes recibió un oficio del Cura párroco de la de Santa Cruz manifestándole que la escalera de piedra que con su verja de hierro subía á la iglesia del Carmen, en que actualmente se hallaba aquella parroquia, constituía, lo mismo que la situada en el otro extremo del átrio, una servidumbre de la citada iglesia, y que inmediatamente la desalojara y dejara libre y expedita en su primitivo estado, pues de lo contrario recurriría á los Tribunales para que hicieran valer y respetar los derechos de la iglesia sobre dicha servidumbre; manifestación que el expresado Párroco reprodujo á García en nuevo oficio de 26 del citado mes de Septiembre, indicándole á la vez que tenía orden del Obispo de esta diódesis de acudir á la Autoridad competente; con cuyo motivo García, en 30 del repetido mes de Septiembre, requirió por medio de Notario á Besteiro para que saliera á la defensa de los intereses del requirente; contestando aquél que no tenía alquilada tienda ni cosa alguna, más que la escalera que daba entrada á la iglesia, y que sí, lo que no era de esperar, se le hiciera desocuparla, haría uso de los derechos que le convinieran; dirigiendo el propio Besteiro á García Berengeno el siguiente día 1.º de Octubre una carta, en la cual le dijo que conviniéndole volvieran las cosas al estado que tenían cuando se alquiló el local que ocupaba en la escalera que daba á la iglesia del Carmen, se sirviese poner dicha escalera y la verja con su llave de la manera que la recibió, dándole aviso de haberlo verificado:

Resultando que el mismo D. Manuel Besteiro, como apoderado de Don Francisco de Paula Ayala, demandó en acto de conciliación el 13 de Octubre de dicho año 1887 al D. Emilio García que se diera por avisado para dejar libre y á disposición del demandante en el término estipulado el local que ocupaba en la calle del Carmen, núm. 12, para poder, si no lo verificaba en el expresado término, entablar la demanda de desahucio; contestándose por parte del demandado sorprenderle extraordinariamente la demanda, porque, según hasta entonces reconoció siempre Besteiro, debía ocupar la tienda ó covachuela hasta el día 1.º de Julio próximo; y por consiguiente le reconvenía para que cumpliera el contrato y además le indemnizase los daños y perjuicios que le había ocasionado arrendándole un local que, al parecer, no podía arrendar, motivando con ello una serie de reclamaciones que habían impedido á García Berengeno abrir el despacho que pensaba poner en el local arrendado después de gastar en decorarle más de 4.000 pesetas; á lo que replicó el actor ser improcedente en aquel acto la contestación dada por el referido demandado, pues en el correspondiente juicio las partes justificarían el derecho que les asistiera; y por ello se limitaba á insistir en su demanda:

Resultando que en 13 de Diciembre del mismo año 1887, mediante no haber desocupado García Berengeno el predicho local, demandó á aquél de desahucio D. Manuel Besteiro, como apoderado del D. Francisco de Paula Ayala, por haber espirado el término del aviso, á cuya demanda opuso las excepciones de falta de personalidad en el actor y de no haber transcurrido el término de tres años fijado en los contratos de arrendamiento; dictando el Juzgado municipal del distrito del Centro sentencia, que confirmó el de primera instancia del mismo distrito, dando lugar al desahucio, y aunque García Berengeno utilizó recurso de casación por que-

brantamiento de forma, fundado en la enunciada falta de personalidad del demandante, le desestimó la Sala tercera de este Tribunal Supremo, efectuándose el lanzamiento en 7 de Septiembre de 1888, y verificando García en 11 de Noviembre siguiente la entrega de la verja y de los peldaños de la escalera, á satisfacción de Besteiro, quien los hizo colocar de nuevo en su sitio:

Resultando que antes de establecerse el juicio de desahucio de que se acaba de hacer mérito, García Berengeno citó á su vez á Besteiro á acto de conciliación, celebrado el 15 del con anterioridad dicho mes de Octubre de 1887, en el cual le demandó para que cumpliese en todas sus partes el contrato de arrendamiento de 1.º de Julio del año precedente, é indemnizara los perjuicios que se le causaban al impedirle abrir la tienda arrendada, que había decorado, gastando en ella sus pocos recursos, perjuicios importantes unas 5.000 pesetas, á lo que contestó Besteiro que no podía de modo alguno acceder á los deseos del demandante, pues al solicitar el desahucio,—se refiere sin duda al acto de conciliación sobre el particular que ya se mencionó,—á nombre del propietario de la finca hacía uso de un derecho consignado en la cláusula 5.ª impresa del contrato de arrendamiento, pues en la manuscrita, relativa á que el dueño no podría subir el precio de aquél durante el tiempo de tres años, no se obligaba dicho dueño á consentir la permanencia del inquilino por tal período de tiempo ni se revocaba la anteriormente indicada:

Resultando que, á consecuencia de todo ello, después de obtener declaración de pobreza para litigar, formuló D. Emilio García Berengeno demanda de 4 de Diciembre de 1888, solicitando se citase y emplazara para contestarla á D. Manuel Besteiro, en concepto de apoderado de D. Francisco de Paula Ayala, y en su día se dictara sentencia, en la cual, declarando previamente nulos los contratos de arrendamiento ya expresados, si así fuere preciso, se condenase al demandado á abonarle la suma de 5.000 pesetas, á que ascendían los daños y perjuicios causados al demandante con el incumplimiento de dicho contrato y con el dolo que en su otorgación medió por parte de Besteiro, ó á aquella otra suma que en el período de ejecución de sentencia se fijara por los trámites prevenidos en los artículos 928 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, con expresa imposición de todas las costas causadas:

Resultando que en apoyo de la referida pretensión hizo mérito el demandante de los antecedentes enunciados, y á más de ello alegó: que una vez celebrado el contrato de arriendo y satisfecha la cantidad convenida como aticipo de alquileres, entró á ocupar la llamada tienda, que sólo era una escalera al aire libre, de paso para el atrio de la iglesia del Carmen, parroquia de Santa Cruz, la cual quitó, construyendo en el hueco una tiendecita cuya fachada decoró, empleando los pocos ahorros de lo ganado con su trabajo como jornalero; contrató despuás con un joyero de esta corte la adquisición de alhajas de valor no muy crecido, para dedicarse en aquel local á la reventa de ellas, y se dió de alta en la contribución industrial; en todo lo que invirtió una cantidad no inferior á 14 ó 16.000 reales; pero cuando se disponía á abrir su comercio se vió sorprendido con la noticia de no poder hacerlo, pues la escalera no pertenecía á Besteiro ni á su poderdante Ayala, sino á la citada iglesia, como servidumbre de paso, según supo por los dos oficios del Cura encargado de la parroquia mencionada, recibiendo luego la carta de Besteiro de 1.º de Octubre de 1887 escrita el día siguiente del requerimiento á éste, también expresado, y siendo después obligado en juicio de desahucio á desocupar el local con un daño importante dichos 14 á 16.000 reales, y á más el de los alquileres pagados durante dos años, y el de no ganar lo que le hubiera producido el comercio que pensaba establecer, estando impedido de ocupar su actividad y su tra-

bajo en el objeto que se proponía; de modo que calculado el importe de aquéllos perjuicios por estos dos últimos conceptos en 4 ó 6.000 reales, daban un total de 5.000 pesetas próximamente; y que era axioma legal consignado en todas nuestras leyes y confirmado por la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que el dolo debe prestarse en todos los contratos y produce la nulidad ó invalidación de éstos, ó el abono y resarcimiento de perjucios causados á la parte que sin aquél contrató; axioma que justificaba la pretensión deducida, como lo justificaban también las reglas de derecho 17, 18 y 22 del tít. 34 de la Partida 7.ª:

Resultando que emplazado con la demanda D. Manuel Besteiro, compareció y fué tenido por parte en los autos el Procurador D. Cristobal Pérez, á nombre de D. Francisco de Paula Ayala, en virtud de poder de éste sustituído por aquél, contestando á dicha demanda en el de Besteiro, como apoderado de Ayala, con la pretension de que se le absolviera de ella, imponiendo al demandante perpetuo silencio y el pago de todas las costas; para lo cual consignó, como único hecho, aceptar todos los de la demanda menos en lo referente á los exorbitantes gastos hechos por el demandante en la instalación de su tienda ó comercio, que ponía en duda mientras no se probaran, y sobre todo á que la causa ó motivo del lanzamiento fuera el no poder amparar Besteiro al repetido demandante en el disfrute de lo que le arrendó, por no ser dueño Ayala de ello, extremo de que protestaba, á más de negarlo; y como fundamento de derecho, la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación y los mismos citados de contrario en cuanto al dolo, por no poderse prestar éste nunca en los contratos no habiendo mediado:

Resultando que renunciada la réplica por el demandante se abrió el período de prueba, viniendo á los autos para la del demandado testimonio del juicio de desahucio; y entre la practicada por dicho demandante, que la realizó testifical, documental, de peritos y de posiciones D. Manuel Besteiro declaró, absolviendo éstos, que era administrador y apoderado de D. Francisco de Paula Ayala, con amplias facultades para representar su persona y derechos en toda clase de juicios, y en tal concepto alquiló al actor en el presente la escalera que por la calle del Carmen daba subida á la iglesia, en cuya escalera nunca hubo tienda ni otra cosa que un puesto de flores hasta dicho alquiler de Julio del 86, ignorando si aquélla, que se colocó de nuevo costeada por el dueño después del lanzamiento del repetido actor, constituía una servidumbre á favor de la iglesia; la misma parte demandante presentó recibos de diversas cantidades entregadas por la cesión de un puesto de flores que existía en el local arrendado, y pago de materiales y jornales para la obra verificada en el mismo local, sumando todos 2.117 pesetas 57 céntimos; tres peritos joyeros emitieron dictamen en el sentido de calcular prudencialmente el importe de las ventas y de las composturas en el establecimiento que trataba de establecer Berengeno en 3.750 pesetas al mes, y las utilidades del mismo, apreciadas en un 2 por 100, en 9.000 al año, suma de que debían deducirse los gastos, que no podían estimar; y se practicó una diligencia de inspección del propio local acreditándose ser un hueco, de metro y medio de ancho y dos y medio de largo, formado por dos muros de unos dos y medio metros de altura, cerrado por una verja de hierro de dos hojas, en el que existe una escalera de piedra con trece peldaños que da acceso á la iglesia llamada del Carmen; manifestando en aquel acto García que tal como estaba le fué alquilado y para construir la tienda arrancó los doce peldaños de piedra primeros, dejando sólo el superior y poniendo el hueco todo al nivel de la acera; observándose haber estado empapelado uno de los muros y además pintada la portada:

Resultando que seguido el pleito por los demás trámites legales y en

dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 29 de Marzo del año próximo pasado sentencia confirmatoria con las costas de la apelación, absolviendo á D. Francisco de Paula Ayala y Guardabrazo de la demanda contra él interpuesta por D. Emilio García Berengeno:

Resultando que el D. Emilio García Berengeno ha interpuesto recurso de casación, apoyado en el párrafo primero del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

1.º Las leyes 1.ª, 2.ª, 6.ª y 12, tít. 17, Partida 7.ª, que previenen que el dolo consiste en el engaño que algunos hacen intencionalmente en los contratos, causando con ello perjuicio á quienes con tales personas contratan, dolo que será calificado si no hubiere buena fe en la persona que lo hace, y dará lugar á que aquel que sufrió el dolo reclame la nulidad del contrato y obtenga el abono de los daños y la indemnización de los perjuicios que con aquél se le ocasionaren; por cuanto la sentencia no accede á la demanda, basada en el engaño cometido por Besteiro al celebrar el contrato origen de la cuestión, á pesar de aparecer en autos que García fué victima en tal contrato de un engaño, consistente en arrendársele como tienda lo que sólo era una escalera, y no podía ser otra cosa que escalera, porque como tal constituía una servidumbre de paso á la iglesia del Carmen, hoy parroquia de Santa Cruz:

2.º La ley 21, tít. 8.º, Partida 5.ª, y la regla 21, tít. 34, Partida 7.ª, que disponen: la primera, que cuando el arrendatario ó persona que alquila no puede usar ó aprovechar la cosa alquilada ó arrendada, el que se la alquiló debe pagar los daños y menoscabos que á aquél le sobrevinieren, y además debe pagarle asimismo las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenía arrendadas ó alquiladas; y la segunda, que el que dá motivo para que sobrevenga daño á otro, él mismo se entiende que lo hace, puesto que á pesar de no haber podido García disfrutar lo que como tienda se le había alquilado, por impedírselo el uso que de su derecho hicieron los poseedores de la servidumbre de paso constituída por la escalera en que consistía el local arrendado, y no obstante haber dado lugar Besteiro con sus actos á que sobreviniera á García el daño reclamado en la demanda, la sentencia no había condenado á Besteiro ni al abono de daños ni á la indemnización de perjuicios:

3.º La jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 15 de Enero de 1866, 5 de Mayo de 1873, 22 de Abril de 1876, 27 de Febrero y 25 de Octubre de 1878 y 30 de Junio de 1890, según las cuales, cuando la significación de un contrato se deduce de un modo liso y llano de sus cláusulas, no debe el Tribunal sentenciador darle interpretaciones que no caben y que alteran su sentido natural y estricto; porque partiendo del supuesto de que fuera válido el contrato de arriendo celebrado entre García Berengeno y Besteiro, como apoderado de Ayala, desde el momento en que claramente, de un modo liso y llano, se deduce que pactaron textualmente las partes ser el contrato por tres años, no pudiéndose en semejante período subir el arrendamiento, y desde que esto se dijo en cláusula manuscrita, agregada á las que estaban impresas en el documento en que se extendió el contrato, no ha debido acudir el Tribunal sentenciador á la interpretación que aparece de un modo perfecto de los cinco primeros considerandos consignados para razonar el fallo, á fin de deducir de ella que antes de espirar los tres años pudo quedar el contrato terminado por la sola voluntad del arrendador, no siendo necesario esforzarse en demostrar que tal interpretación es el único punto en que se funda la absolución del demandado del abono de daños é indemnización de perjuicios pretendidos en la demanda:

Y 4.º Para el caso de no prosperar los motivos anteriores, la ley 2.ª,

tít. 33, Partida 7.ª, según la que, cuando faltare la regla de interpretación más favorable á la validez del contrato, ó la que se funde en la más estricta justicia de lo pactado, para dar el verdadero sentido ó significación á las palabras empleadas, deberá el Juez interpretar la duda contra aquél que empleó la palabra dudosa, y estimar el contrato en el sentido más favorable á la otra parte; ley infringida en la sentencia, en el concepto de que, admitiendo en un todo el supuesto de que la misma parte había duda en la interpretación del de autos, pues mientras la cláusula 5.ª, impresa, que figura en la mayoría de los de arrendamiento de esta corte más que por voluntad de los contratantes por la del impresor ó tipógrafo, dice ser limitada la duración de aquél, otra cláusula manuscrita, surgida del pacto originado por la voluntad de las partes, expresa que duraría tres años, no pudiendo en ellos subirse el precio del arriendo; y, por consiguiente, de caber la duda había debido ser resuelta con arreglo á la citada ley en contra de quien en el de que se trata habla, ó sea del demandado arrendador, administrador del inmueble, y en favor del recurrente García Berengeno.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la existencia del dolo es un punto de hecho sujeto á la apreciación de la Sala sentenciadora, que en este caso ha declarado no haber existido, sin que contra esta declaración se haya probado cosa alguna por el recurrente; razón por la cual no se han infringido las leyes citadas en el primer motivo del recurso:

Considerando que no son aplicables y por tanto no han podido ser infringidas la ley y regla á que se contrae el motivo 2.º, porque, según la sentencia declara, García Berengeno cesó en el arrendamiento después de haberle disfrutado más de un año, á virtud del desahucio interpuesto por Besteiro en uso de su derecho, lo cual excluye toda idea de perjuicio y de indemnización:

Considerando que en el mencionado juicio de desahucio se examinó el contrato de arrendamiento y se dió aplicación é interpretación á sus cláusulas, pronunciándose la sentencia por el Juez competente, sin que sea dable volver á examinar ni interpretar lo resuelto en la forma que pretende hacerse, y en este concepto no pueden tampoco estimarse las infracciones alegadas en los motivos 3.º y 4.º;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Emilio García Berengeno, á quien condenamos al pago, en el caso de que mejore de fortuna, de la cantidad de 1.000 pesetas por razón del depósito que ha debido constituir, cuya cantidad se distribuirá, en dicho caso, con arreglo á la ley; no hacemos declaración respecto á costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución de los autos que remitió.—(Sentencia publicada el 18 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 11 de Junio del mismo año.)

118

Recurso de casación (20 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Responsabilidad civil.*—Ha lugar al interpuesto por D. Severiano Bruyel en pleito con el Abogado del Estado, y se resuelve:

Que el art. 903 de la ley de Enjuiciamiento civil, de conformidad con el 260 de la ley orgánica del Poder judicial, limita la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales á los casos de haberse causado perjuicio por negligencia ó ignorancia inexcusables, ó sea á aquellos en que se haya procedido

con infracción manifiesta *de la ley ó faltando á algún trámite ó solemnidad mandados observar por la misma, bajo pena de nulidad:*

Que el error de no estimar como circunstancia agravante la de expenderse una partida de tabaco de contrabando en una taberna ó tienda de vinos, no constituye ignorancia inexcusable, porque las palabras del art. 22, circunstancia 8.ª del Real decreto de 20 de Junio de 1852, no excluyen manifiestamente *la inteligencia de que la tienda que haya de apreciarse como circunstancia agravante del contrabando, sea sólo la destinada exclusiva ó principalmente á cometerlo, y no aquellas en que se ejerciese accidental ó accesoriamente.*

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Abril de 1891, en el pleito sobre responsabilidad civil pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por la representación del Estado con D. Severiano Bruyel de la Cueva, vecino de aquella ciudad, Abogado del Estado, representado por el Procurador D. Lino de Villar y defendido por el Dr. D. Eduardo Augusto de Bessón y D. Lisardo Sánchez Cabo, Juez de primera instancia y de instrucción del distrito de San Pablo de Zaragoza, que no ha comparecido en los autos:

Resultando que practicado en 10 de Noviembre de 1878 un reconocimiento en la casa tienda de bebidas núm. 18 de la calle de San Pablo, de Zaragoza, cuyo dueño dijo ser Domingo Clemente Vallarín, se encontraron en uno de los estantes varias clases de tabaco, que fueron valorados en 17 pesetas 28 céntimos:

Resultando que instruída causa por presentar los hechos caracteres de delito de contrabando, se procesó en 12 de Diciembre á Domingo Clemente, y en 7 de Febrero del siguiente año el Abogado del Estado D. Severiano Bruyel de la Cueva formuló su acusación, manifestando que no eran de apreciar circunstancias agravantes, y sí, dado el escaso valor del tabaco ocupado, la atenuante segunda del art. 23, habiendo incurrido el procesado, con arreglo al art. 25, en la pena de multa en cuantía de 60 pesetas 20 céntimos, grado medio del mínimo que señala la ley, debiendo sufrir, caso de insolvencia, la detención que determinaba el art. 28 y el pago de las costas y gastos del juicio:

Resultando que puesta en conocimiento de la Dirección general de lo Contencioso del Estado esta acusación en 1.º de Abril, manifestó la Dirección al Abogado del Estado, que enterara de la acusación formulada en la causa contra Domingo Clemente, y considerando que podía estimarse ajustada á la ley, observándose únicamente que no se había solicitado la confirmación del comiso de los efectos aprehendidos, había resuelto manifestarle que encontraba la acusación bien formulada, y que cuando se celebrase la vista pública podía pedir que se confirmase el mencionado comiso:

Resultando que ampliada por el Abogado del Estado en dicho acto su acusación, solicitando además que se declarase procedente el comiso de los efectos, declarado ya por la Junta administrativa, el Juez de primera instancia del distrito de San Pablo, de Zaragoza, D. Lisardo Sánchez Cabo dictó sentencia, en 6 de Abril de 1889, por la que, considerando que aparecía plenamente acreditado que el procesado había incurrido en el delito de contrabando, sin que en su comisión se hubieran de apreciar circunstancias agravantes, y sí la atenuante del corto valor del género aprehendido, confirmó el comiso decretado por la Junta administrativa y condenó á Domingo Clemente Vallarín, como reo del delito de contrabando que se persigue, á la pena de multa en cantidad de 60 pesetas 20 céntimos, y al pago de los gastos del juicio y costas procesales:

Resultando que declarada firme esta sentencia en 16 del propio mes de

Abril, por haber transcurrido el término legal, sin que por ninguna de las partes se interpusiera recurso contra ella, en 15 de Octubre del mismo año 1889 el Abogado del Estado dedujo ante la Audiencia de Zaragoza demanda de responsabilidad civil contra el Juez de primera instancia del distrito de San Pablo D. Lisardo Sánchez Cabo y el Abogado del Estado D. Severiano Bruyel de la Cueva, alegando, después de hacer mérito de los hechos referidos, que el art. 22 del Real decreto de 20 de Junio de 1850 señala en su núm. 8.º, como circunstancia agravante, la de que, para hacer el contrabando de los géneros estancados, tengan los delincuentes fábricas de elaboración ó almacén ó tienda para la venta; y siendo así que el tabaco de que se trataba se encontró en la tienda del procesado, como se manifestaba en la acusación y en la sentencia, ni uno ni otro pudieron afirmar que no concurrían circunstancias agravantes sin infringir el expresado núm. 8.º del art. 22 del citado Real decreto, causando al Estado un perjuicio apreciable; que este Supremo Tribunal, en sentencia de 15 de Junio anterior, había declarado que el hecho de tener tienda y servirse de ella para la venta del tabaco constituía la circunstancia agravante expresada; no siendo preciso que la tienda estuviera dedicada exclusivamente á la venta del tabaco, porque si tal condición fuera precisa, jamás podría apreciarse la agravante en cuestión, puesto que siendo hecho punible la venta del tabaco, no era posible que se abriera una tienda dedicada exclusivamente á ella; que resultaba, por lo tanto, probado que debió apreciarse la indicada circunstancia agravante, é imponerse la pena en su grado medio, por compensarse con la atenuante apreciada, siendo la diferencia de la pena impuesta 8 pesetas y 50 céntimos, que percibía de menos la Hacienda pública, que debían ser reintegradas por el Abogado del Estado que formuló la acusación y el Juez que dictó la sentencia; pues si bien era verdad que podía haber alguna duda de la procedencia de la demanda por no haber sido interpuestos contra la sentencia los recursos legales, como decía el art. 906 de la ley de Enjuiciamiento civil, se desvanecía la duda si se tenía en cuenta que el Estado tenía su representante, que era D. Severiano Bruyel, el cual precisamente admitió la petición de la agravante en cuestión y quien luego consintió la sentencia, era precisamente por lo que se entablaba la demanda de responsabilidad civil, pues que no había ya otro medio de que el Estado pudiera ser indemnizado; que la causa quedó terminada por el auto de 16 de Abril, que declaró firme la sentencia, presentándose, por tanto, la demanda dentro del plazo que marcaba el art. 905 de la ley y ante la Sala de lo civil de aquella Audiencia, que era la competente con arreglo al art. 903; que era procedente asimismo que los demandados abonasen los intereses legales de las 8 pesetas 92 céntimos desde el día en que el procesado debió hacer efectiva la pena impuesta y las costas que se ocasionasen si se opusieran á aquella demanda, suplicando que se condenase á los demandados al abono á la Hacienda pública de 8 pesetas 92 céntimos, intereses legales y costas:

Resultando que por un otrosí manifestó que no había podido pedirse el testimonio de que hablaba el art. 907 de la ley por encontrarse la causa en su poder á los efectos del art. 86 del Real decreto de 20 de Junio de 1852, y en su virtud, y á su instancia se testimonió de la causa, que acompañó y le fué devuelta, el escrito de acusación, la sentencia y el auto que la declaró firme:

Resultando que emplazados los demandados D. Lisardo Sánchez no compareció, y D. Severiano Bruyel contestó la demanda, manifestando que ateniéndose á todo el contexto del núm. 8.º del art. 22 del Real decreto de 20 de Junio de 1852 y á su espíritu, la tienda del procesado no era ni por sus condiciones ni por su modo de ser, de las que aquél expresaba, por lo cual no creyó debía aplicarse, y aun cuando estuviera equivocado en esta

apreciación, nunca incurriría por ello en responsabilidad civil ni de ninguna especie; que la sentencia que se citaba de este Supremo Tribunal era inaplicable, porque se dictó con posterioridad al fallo de la causa, y además no había identidad de condiciones, no suponiendo, en todo caso, lo que se pretendía, porque nunca sería más que un solo caso, que no bastaba para formar jurisprudencia, y porque aunque la formara, no era obligatoria en materia criminal, como lo demostraba la vigente ley de Enjuiciamiento, que no admitía, como la civil, recurso de casación por infracción de doc-doctrina; que no estaba probado, por tanto, que debió apreciarse la indicada circunstancia agravante, pues lo que hubo fué que así el Abogado del Estado como el Juez creyeron que no concurría, y como había de deducirse de la apreciación que se hiciera de los hechos resultantes del proceso, y en éste no se acreditaba, según la manera de interpretar la ley que les sugería su criterio, que la tienda fuera de las condiciones que indicaba aquélla, de ahí que no la aplicase; que conforme el art. 900 de la ley de Enjuiciamiento civil, la responsabilidad de esta clase procedía por infracción de ley hija de negligencia ó ignorancia inexcusable, y la demanda no se basaba en ninguna de estas dos circunstancias ni se hablaba siquiera de que concurrieran, pues lo más que podría haber sería un error de derecho en la apreciación equivocada de un concepto jurídico nacido de la diversidad de criterio en este punto entre demandante y demandado, pero que esta apreciación no implicaba responsabilidad civil, porque la ley dejaba al criterio del juzgador la apreciación de la prueba de hechos y la aplicación de los preceptos legales que creyera pertinentes en los casos dudosos, según su leal saber y entender, faltando, por consiguiente, la base esencial de la demanda; que el art. 86 del Real decreto de 20 de Junio de 1852 previene que el Fiscal que revisa la causa sea el que interponga la demanda de responsabilidad, y era lógico y natural que así fuera, porque siempre los superiores eran los que residenciaban á los inferiores, y en esta demanda era un subordinado quien demandaba á un jefe, lo cual implicaba un defecto que contrariaba el precepto legal; que, según el art. 906 de la ley de Enjuiciamiento civil, no podría entablar el juicio de responsabilidad el que no hubiera utilizado á su tiempo los recursos legales contra la sentencia, á cuyo precepto no se había dado cumplimiento por la parte actora, pues si bien el demandado consintió la sentencia por creerla ajustada á la ley, según su petición, el Abogado del Estado en este Supremo Tribunal, á quien se remitió la causa criminal para su remisión, pudo y debió interponer el recurso de casación, si creyó que procedía, con arreglo á lo que prescribe el artículo 86 del Real decreto de 1852, ya que tenía tiempo hábil para ello, pues el término no se le imputaba sino desde al día que recibiera la causa, bajo cuyo aspecto era también improcedente la demanda, por carecer de otro de los requisitos esenciales; que el art. 905 de la misma ley prescribe el término en que se han de interponer las demandas de esta naturaleza, cuyo término no se cuenta desde que se declara firme la sentencia, como se decía en la demanda, sino desde la fecha en que se dictaba aquélla, y según aparecía de los documentos presentados por la parte actora, la sentencia dictada en la causa se publicó y notificó en 6 de Abril, espirando los seis meses, por consiguiente, en 6 de Octubre; suplicando por todo ello se declarase: primero, que no había lugar á exigir la responsabilidad civil que se pretendía á los demandados, porque la acusación fué aprobada por la Dirección general, porque la demanda no se basaba, como debiera, en que hubo negligencia ó ignorancia inexcusable en los demandados, los que, á lo sumo, podrían haber incurrido en un error; segundo, que la demanda no se ha interpuesto con todos los requisitos legales, pues el Abogado del Estado en este Supremo Tribunal pudo interponer contra la sentencia, si la creía dictada con error, el recurso de casación, y no lo hizo; porque debió

haberlo formulado el mismo y porque se había interpuesto fuera del plazo legal; y tercero, y en su consecuencia, absolver de ella á los demandados, con expresa condena de costas al actor:

Resultando que el demandante replicó que del hecho que la Dirección general aprobase la acusación consultada por D. Severiano Bruyel no podía deducirse que le autorizara para desatender la circunstancia agravante origen de este litigio, toda vez que éste era un punto determinado y concreto que no podía considerarse incluído en los términos generales de la comunicación de la Dirección aprobatoria, que se refería á los fundamentos de la acusación, y no era posible darle interpretación á más que á lo que la aprobación abrazara expresa y determinadamente; que la sentencia de este Supremo Tribunal no se alegaba como infracción, sino como interpretación del citado núm. 8.º del art. 22; que revisada la causa por el Abogado del Estado en este Tribunal Supremo, que era el funcionario competente para el efecto, en virtud de la revisión, había podido acordar, como lo había hecho, que se le formulase la demanda de que se trataba, y como estaba entablada por un Abogado del Estado, resultaba que lo había sido por funcionario público que podía hacerlo, cualquiera que fuera su categoría y la categoría de los demandados:

Resultando que evacuado el traslado de la dúplica por D. Severiano Bruyel, y renunciado por las partes el recibimiento á prueba, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza en 23 de Junio de 1890, condenando á D. Severiano Bruyel y D. Lisardo Sánchez Cabo al pago mancomunado á la Hacienda de la cantidad de 8 pesetas 92 céntimos, intereses de un 6 por 100 anual de la misma desde que debió ingresar en las cajas del Tesoro, y la mitad de las costas hasta las notificaciones hechas en 3 de Diciembre último á D. Lisardo Sánchez Cabo, y las restantes á D. Severiano Bruyel:

Resultando que D. Severiano Bruyel de la Cueva ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido, á su juicio:

1.º El art. 903 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque la responsabilidad de esta orden procede sólo y únicamente por infracción de ley, hija de negligencia ó ignorancia inexcusable, y la demanda no se fundaba en ninguna de estas causas, no alegándose siquiera, por no ser posible, pues podría haber un error de derecho por consecuencia de una apreciación equivocada y una diversidad de criterio entre el Abogado del Estado demandante y el Abogado del Estado demandado, pues esto no podía ser nunca materia de responsabilidad civil:

2.º El art. 905 de la ley de Enjuiciamiento civil, que prescribe el término dentro del cual deben interponerse las demandas de esta clase, el cual no se contaba desde que se hiciera declaración especial de haber quedado firme la sentencia, sino desde la fecha en que se dictó, toda vez que la sentencia de la causa se pronunció y notificó en 6 de Abril y el recurso no se interpuso hasta 15 de Octubre, habiendo transcurrido, por lo tanto, los seis meses señalados por dicho artículo:

3.º El 906 de la propia ley, que no permite entablar el juicio de responsabilidad civil al que no haya utilizado á su tiempo los recursos legales contra la sentencia, á todo lo cual había faltado la parte actora, pues si bien el recurrente la consintió por creerla ajustada á la ley, el Abogado del Estado en el Tribunal Supremo, á quien se remitió la causa para su revisión, pudo y debió interponer el recurso de casación si lo creyó procedente, ya que para ello estaba en tiempo hábil, pues el término se le imputaba desde el día que recibiese la causa:

4.º El art. 907, en su relación con el 908, puesto que no se habían acompañado á la demanda ni la certificación ni el testimonio á que aludía el primero;

Y 5.º El núm. 8.º del art. 22 del Real decreto de 20 de Junio de 1852, porque la sentencia, ateniéndose á una sola frase del precepto legal, sostenía que el sólo hecho de tener tienda el procesado era bastante para que se aplicase la agravante del artículo mencionado, y el Abogado del Estado de Zaragoza, recurrente, sostenía, ateniéndose á todo el contexto y al espíritu del artículo, que la tienda de referencia no era, ni por sus condiciones ni por su modo de ser, de las que expresaba el Real decreto, y que al darle la latitud que se pretendía, se violentaba su sentido, interpretándole extensivamente, cuando era un principio general de derecho que las leyes penales deben interpretarse restrictivamente, sin que pudiera tener aplicación la sentencia de este Supremo Tribunal de 15 de Junio de 1889, porque ni tenía punto alguno de contacto con el hecho de autos, y era, por tanto, inexplicable, ni aunque lo fuera constituiría jurisprudencia por ser única, y ni aun habiendo varios contextes sería obligatoria, puesto que, según la ley, era imposible aplicar su disposición en perjuicio del recurrente, por ser posterior en fecha á la incoación y fallo de la causa de origen.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que el art. 903 de la ley de Enjuiciamiento civil, de conformidad con el 260 de la ley orgánica del Poder judicial, limita la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales á los casos de haberse causado perjuicio por negligencia ó ignorancia inexcusables, ó sea á aquellos en que se haya procedido con infracción *manifiesta* de la ley ó faltando á algún trámite ó solemnidad mandados observar por la misma bajo pena de nulidad:

Considerando que el error de que se acusa al recurrente por no haber estimado como circunstancia agravante la de haberse expendido el tabaco en taberna ó tienda de vinos, no constituye ignorancia inexcusable, porque las palabras del art. 22, circunstancia 8.ª del Real decreto de 20 de Junio de 1852, no excluyen *manifiestamente* la inteligencia de que la tienda, que haya de apreciarse como circunstancia agravante del contrabando, sea sólo la destinada exclusiva ó principalmente á cometerlo, y no aquellas en que se ejerciese accidental ó accesoriamente:

Considerando, por lo tanto, que la sentencia, al declarar la responsabilidad civil del recurrente por la menor multa solicitada é impuesta á consecuencia de no haberse estimado la circunstancia agravante referida, con arreglo al principio establecido para los funcionarios del orden judicial y del Ministerio fiscal por la ley orgánica y desarrollado en los artículos 903 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, infringe el mismo art. 903 en que se funda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Severiano Bruyel de la Cueva, y en su consecuencia casamos y anulamos en cuanto á éste la sentencia que en 23 de Junio de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza.—(Sentencia publicada el 20 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Junio del mismo año.)

119

Recurso de casación (20 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Alzamiento de la prevención de un juicio de abintestato.*—No ha lugar al interpuesto por D. Mario de la Mata en pleito con Doña Isabel del Valle (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que es requisito primordial para que los títulos escritos justifiquen cum-

plidamente un crédito, que conste su autenticidad, por lo cual, no estando reconocidos por el deudor los documentos privados presentados por el acreedor y redarguyéndolos además de civilmente falsos su heredero, el auto que acuerda el alzamiento de la prevención del juicio de abintestato del primero, decretado á instancia del segundo, no infringe el art. 973 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la 114, tít. 18, Partida 3.ª

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Abril de 1891, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sur de esta capital, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, por Doña Isabel del Valle y Mantilla, dedicada á sus labores, como tutora de su nieta Doña María Coba é Hidaldo, con D. Mario de la Mata y Martínez, Abogado, todos de esta vecindad, sobre alzamiento de la prevención del juicio de abintestato de D. Nicasio Coba y Villamazares; pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Mata, dirigido y representado por el licenciado D. Cristino Martos y el Procurador D. Celestino Armiñán, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Gerardo Campo y Yagüe y el Procurador D. Luis Lumbreras:

Resultando que ocurrida en esta corte el 30 de Junio de 1889 la defunción de D. Nicasio Coba, de estado viudo, con una hija menor de edad llamada María, la abueba materna de ésta, Doña Isabel del Valle, como tutora de la misma, autorizada al efecto por el Consejo de familia, formuló en 26 de Julio siguiente escrito solicitando la declaración á favor de aquélla de única heredera legítima abintestato de su padre el Don Nicasio, siendo repartido dicho escrito al Juzgado de primera instancia del distrito del Sur, que, previas varias actuaciones, y oído el Ministerio fiscal, hizo la enunciada declaración en auto de 28 de Octubre del mismo año 1889:

Resultando que, con motivo también del fallecimiento del D. Nicasio Coba, formuló D. Mario de la Mata y Martínez igualmente escrito, de la misma fecha 26 de Julio del precitado año 89, en que fué solicitada la referida declaración de heredera, pretendiendo, en el concepto de acreedor de aquél y como tal con personalidad para ello, según el núm. 3.º del art. 973 de la ley de Enjuiciamiento civil, que se le tuviera por parte legítima y acordase, previa la oportuna información, que ofrecía, la prevención del juicio de abintestato de Coba con todas sus consecuencias, acompañando para ello, como justificantes del enunciado concepto, los siguientes documentos extendidos en papel de cartas, y suscritos con la firma que dice «Nicasio Coba»: uno fechado en 8 de Agosto de 1887, reconociendo á favor de Mata la participación de 5.921 pesetas 89 céntimos en 22.210 de cierto préstamo que se expresa; otro, de fecha 24 de Diciembre del mismo año, reconociendo también á Mata 4.000 pesetas de participación en otro préstamo de 10.000, garantido con hipoteca; un convenio, fechado en 1.º de Enero de 1888, según el cual las ganancias en concepto de réditos ó aumentos de cualquiera otra clase que se obtuvieran en operaciones de préstamo hechas con capital de Coba, por mediación de Mata, se dividirían entre ambos, por mitad, como remuneración á éste de sus gestiones é intervención en los negocios, sin perjuicio de los honorarios que como Letrado devengara en los asuntos judiciales; 17 recibos por la suma total de 16.940 pesetas de réditos trimestrales de cinco préstamos hechos en 3 y 24 de Enero, 12 de Mayo y 23 de Noviembre de 1888 y 5 de Enero de 1889; y una obligación de 24 de los últimamente citados mes y año de Coba, á favor de Mata, por la cantidad de 33.500 pesetas en efectivo que aquél había de devolver á éste en término de tres meses, con el interés del 4 por 100 anual:

Resultando que repartido el escrito que se acaba de mencionar al Juzgado del distrito del Este, dictó auto de 2 de Agosto siguiente, decretando la prevención del juicio de abintestato de D. Nicasio Coba, y la práctica de las diligencias prescritas en los artículos 964 y 966 de la ley de Enjuiamiento civil, en la forma determinada en el 959, cuyo auto se notificó á la tutora de la menor Doña María Coba, la que compareció en las diligencias de su razón, manifestando hacerlo para formular oposición al auto en que se previno el abintestato, bien pidiendo de aquél, bien negando la competencia del Juzgado, y verificó esto último por medio de declinatoria, que se tramitó y fué desestimada:

Resultando que á su vez D. Mario de la Mata promovió, en las enunciadas actuaciones de prevención de abintestato, incidente sobre que se acumulasen á las mismas las de declaración de heredera á favor de Doña María Coba, pendientes en el Juzgado del Sur, siguiéndose en su consecuencia el oportuno incidente que resolvió la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, declarando proceder la acumulación á éstas de las que pendían en el del Este, incoadas, según ya se ha dicho, á instancia de D. Mario de la Mata:

Resultando que verificada la acumulación acudió la tutora Doña Isabel del Valle al repetidamente expresado Juzgado del distrito del Sur, por medio de nuevo escrito de 27 de Enero de 1890, deduciendo recurso de reposición contra el auto del de el Este, fecha 2 de Agosto próximo anterior, el que pidió se dejase sin efecto, denegando en su lugar á D. Mario de la Mata el concepto de parte legítima para promover el abintestato de D. Nicasio Coba, y se levantara la intervención del caudal de éste con condena en las costas á Mata, para lo cual negó que el último fuese acreedor de Coba, pues antes al contrario le adeudaba cantidades de consideración, así como también que los documentos privados de que había hecho presentación, extendidos en papel común, sin timbre alguno que pudiera tenerse como garantía de que habían sido hechos en vida de D. Nicasio Coba ni asistencia de testigos, y cuya autenticidad y legitimidad negaba aquella parte que los había redargüído de civilmente falsos, tuviesen valor alguno y menos fueran los á que se refiere el art. 973 de la ley de Procedimiento, en su núm. 3.º; pretensiones y alegaciones que impugnó D. Mario de la Mata:

Resultando que seguido el incidente en dos instancias, recayó auto de la ya expresada Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, fecha 9 de Julio del año próximo pasado, confirmatorio con las costas de la apelación, de el del Juzgado del Sur, por el cual, entre otros pronunciamientos que no son de mencionar, se repone y deja sin efecto el de 2 de Agosto de 1889, de el del distrito de Este, previniendo el juicio de abintestato de D. Nicasio Coba, y se alza la intervención del caudal relicto del mismo, mandando dirigir á este fin los oportunos oficios al Banco de España, á dicho Juzgado del Este y á la Dirección general de la Deuda pública:

Resultando que D. Mario de la Mata, con presentación de resguardo de de depósito de 1.000 pesetas, ha interpuesto recurso de casación como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º La infracción del art. 973 de dicha ley de Enjuiciamiento civil, en el sentido de haberse aplicado con *interpretación errónea* al suponer y consagrar como buena doctrina la de que el adverbio *cumplidamente*, usado en este artículo con respecto á la manera en que han de justificar el derecho del acreedor los títulos escritos que presente, para que pueda ser parte en un abintestato, quiere decir tanto como que esos títulos sean de los que llevan aparejada ejecución ó de aquéllos que por sí mismos y sin necesidad de ningún requisito previo hacen prueba plena, porque, en primer

lugar, no hace la ley distinción, exigiendo solamente que los títulos sean *escritos;* y el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* autoriza por modo incontestable como buena la interpretación contraria á la que admite y aplica la Sala sentenciadora; y en segundo lugar, tratándose de una ley de procedimiento, como ley de garantía en la forma de enjuiciar, su recta aplicación no puede ser otra que la del natural sentido del texto, sin que admita interpretaciones extensivas como la estimada por la Audiencia; dado que si el legislador en el infringido precepto hubiera querido decir que los títulos fueran, además de *escritos*, también *ejecutivos ó instrumentos públicos,* ya lo hubiera dicho, como lo dice claramente en otros artículos de la misma ley, de suerte que el adverbio modal *cumplidamente*, empleado por el precepto en examen, jamás puede ni quiere decir ó significar lo que el auto recurrido expresa, sino que su racional alcance y transcendencia jurídica tiene por necesidad que limitarse al concepto y terminancia del texto del título *escrito*, que con serlo basta para dejar satisfechas las exigencias de la ley, con tal que de su lectura resulte *cumplidamente* la existencia de la deuda y el derecho del acreedor, con independencia de la calidad del título, entre los *escritos*, al respecto de otras condiciones de derecho sobre las que calla la ley:

Y 2.° Haberse también infringido por indebida aplicación la doctrina legal consagrada por este Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de Junio de 1867, 21 y 24 de Enero de 1876 y 3 de Diciembre de 1886, que es la misma de la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, en cuanto establece que, respecto de los documentos privados, «si aquel cuyo fuesse el nome que fué escrito en la carta, lo negasse, non debe ser creída, á menos que la otra parte pruebe que él la fizo»; porque esta doctrina inconcusa de derecho sustantivo, en cuya virtud es evidente que los documentos privados no producen entera fe en juicio sino cuando los reconozca el perjudicado, ó se pruebe su autenticidad por medios supletorios, se refiere al caso de la prueba de las obligaciones en juicio contradictorio para resolver en el fondo sobre su cumplimiento y sobre la autenticidad y legitimidad de los títulos ó documentos en que se hubiesen constituído; y ese caso, ni es llegado todavía en las instancias judiciales de D. Mario de la Mata contra la sucesión de D. Nicasio Coba, ni por consiguiente es el caso del auto objeto de este recurso, donde la cuestión del día, lejos de alcanzar á discutir y resolver si son ó no legítimos y eficaces los títulos de crédito presentados por Mata y si procede condenar al cumplimiento de las obligaciones en ellos formalizadas á los derechohabientes de Coba, está limitada y reducida á estimar si son bastantes esos títulos *en orden al procedimiento* para justificar la personalidad de Mata como acreedor al exclusivo fin de que pueda prevenirse á su instancia el juicio universal de sucesión intestada; sin perjuicio de que una vez impugnada la legitimidad de los documentos, pueda, más tarde, discutirse en amplio y solemne debate, y decidirse dentro del mismo juicio universal, por la sentencia que ponga fin al incidente declarativo suscitable en el período de liquidación hereditaria, para lo cual no es todavía llegado el caso, lugar y tiempo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que es requisito primordial para que los títulos escritos justifiquen cumplidamente un crédito, que conste su autenticidad, por lo cual, no estando reconocidos por D. Nicasio Coba los documentos privados presentados por el recurrente para instar el abintestato y redarguyéndolos además de civilmente falsos su heredera, es indudable que el auto recurrido que deniega tal pretensión, no infringe las leyes y doctrinas invocadas en los dos motivos alegados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Mario de la Mata y Martínez, á quien con-

denamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito que ha constituído, el cual se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 20 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 11 de Junio del mismo año.)

120

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (20 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesos.*—No ha lugar al interpuesto por D. Ramón de Herrera y otro en pleito con D. Antonio Pérez (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que la sentencia que rechaza la eficacia de un convenio entre los gerentes de una Sociedad en comandita y uno de los socios, en cuanto modifica esencialmente la obligación por éste contraída como socio fundador en la escritura social, respecto de su aportación, aplica rectamente los artículos 287, 288 del Código de Comercio de 1829, porque los pactos solemnes que constituyen la Compañía de Comercio, y entre ellos los referentes á la cuantía y efectividad de las aportaciones, no pueden alterarse por convenios particulares que no alcancen el asentimiento expreso de todos los interesados y que no obtengan la misma publicidad, con que la ley asegura á los que comercian con las entidades colectivas mercantiles:

Que por la expresada razón y porque todo lo relativo á la cuantía y forma de las aportaciones es, según el art. 286 del citado Código, propio de la constitución social y no de la administración, la sentencia no infringe dicho artículo 286 ni el 30 que sanciona que la administración pueda circunscribirse á algunos socios, y que los que hayan renunciado á ella no pueden contradecir ni entorpecer la acción de los gerentes:

Que es consecuencia de lo expuesto que el referido convenio, en cuanto modifica la aportación de dicho socio, no es un contrato válido.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar, hoy del Oeste, de la Habana, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, por D. Antonio Pérez Noucho, del comercio y vecino de aquella ciudad, y luego por su cesionario D. Manuel Solana y Barquín, también comerciante de la misma vecindad, con D. Ramón de Herrera y Gutiérrez, de igual profesión y vecindad, y D. Cosme Blanco y Herrera, propietario, de la propia vecindad, cesionario de los herederos de D. Ramón Herrera y Sancibrián, Conde de Mortera, sobre pago de 5.000 pesos oro y sus intereses legales; pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandados, dirigidos y representados por el Doctor D. Germán Gamazo y el Procurador D. Fidel Serrano, habiéndolo estado el recurrido por el Licenciado D. Rafael M. de Labra y el Procurador D. Celestino Armiñán:

Resultando que por escritura otorgada en 9 de Junio de 1883 ante el Notario de la Habana D. Bernardo del Junco, de que se tomó razón en el Registro mercantil de aquella plaza, y fué también inscrita en el de la propiedad de Puerto Príncipe, D. Felipe Manuel Dehogues y Michelena, Don Andrés de la Campa y Herrera, D. Ramón de Herrera y Gutiérrez, como apoderado de D. Ramón de Herrera y Sancibrián, Conde de Mortera y otros varios, constituyeron una Sociedad en comandita para la explotación de una finca rústica, situada en la provincia de Puerto Príncipe, bajo la razón social de Ingenio central La Santa Cruz, estableciendo, entre otras

condiciones: que el capital social sería de 300.000 pesos en oro, divididos en acciones de 500 pesos cada una, de las que ya se habían emitido 60.000 pesos, adquiridos por los otorgantes en la forma que se expresó, entre ellos el Conde de Mortera, ó sea D. Ramón de Herrera y Sancibrián, 10 acciones por 5.000 pesos; que formarían la gerencia D. Manuel de la Campa y D. Felipe Manuel Dehogues, los que, bajo su responsabilidad, regirían y administrarían la Sociedad usando cada uno de su firma como tales gerentes; quedando facultados asimismo para admitir y autorizar las transferencias de las acciones pagadas en su totalidad que cedieran los socios comanditarios; que los dividendos activos serían repartidos entre los accionistas en proporción con el capital que cada uno tuviera desembolsado, y mientras no entrara en Caja el capital efectivo, no se expedirían títulos de las acciones, aun cuando éstas fuesen satisfechas por pagarés, á menos que no se dejaran los títulos en la Caja social hasta que aquéllos quedaran pagados, bajo cuyas bases y condiciones dejaron formada dicha Sociedad, obligándose á cumplirlas con arreglo á la ley; y en su virtud, los gerentes recibieron en el acto el precio de la aportación de su finca Las Mercedes de la Santa Cruz, en la provincia de Puerto Príncipe, consistente en 3.500 pesos de contado; 10.000 en acciones intransferibles de la Sociedad y 6.500 en acciones transferibles; emitiéndose las acciones restantes á más de las 60.000 mencionadas, cuando lo dispusiera la gerencia, de acuerdo con la comisión consultiva, exhibiendo los nuevos accionistas un 20 por 100 del valor de las que respectivamente tomaran, y abonando el resto en cuatro plazos, que no podrían bajar de tres meses, y que fijaría la gerencia con el exprssado acuerdo:

Resultando que dos días después, el 11 del mismo mes de Junio de 1883, los gerentes de la referida Sociedad, D. Andrés de la Campa y D. Felipe Manuel Dehogues, otorgaron con D. Ramón de Herrera y Sancibrián, Conde de Mortera, representado por su apoderado D. Ramón de Herrera y Gutiérrez, que como tal firmó un documento privado, conviniendo que no se embarcaría nada por cuenta de la Sociedad para su ingenio, sino por los vapores del D. Ramón, á las precios de pasajes y fletes establecidos por el mismo, abonándosele en cuenta por la gerencia el importe de ellos hasta el completo pago de los 5.000 pesos que tomaba en la representación del capital social, y cubiertos éstos, subsistirían los efectos del contrato; pero los traspasos serían satisfechos al contado por la Sociedad, siendo la duración de aquél cuatro años, á contar desde el primer embarque, y si en ese tiempo por la Sociedad ó por su cuenta se embarcara algo en otros buques, que no fueran los de Herrera, los pasajes y fletes se considerarían devengados por éste; que cesaría en su compromiso si después de cubiertos los 5.000 pesos dejara de tener los vapores que poseía:

Resultando que en 30 de Junio de 1885, D. Antonio Pérez Noucho, tenedor por endoso de un pagaré de 4.000 pesos en oro, suscrito por Don Andrés de la Campa, como gerente de la Sociedad Ingenio central La Santa Cruz, presentó en el extinguido Juzgado de primera instancia del distrito del Prado de la Habana, escrito solicitando que dicho gerente librador, y el endosante del pagaré, reconocieran las firmas puestas en él, y habiéndolo efectuado ambos, Pérez Noucho solicitó y obtuvo despacho de ejecución contra los bienes de la mencionada Sociedad por los 4.000 pesos oro, sus intereses legales desde 25 de Agosto de 1884 y costas, requiriéndose al pago en 30 de Julio de 1885 al citado gerente D. Andrés de la Campa, que manifestó carecer de bienes de la Sociedad con que efectuarle, por lo cual, á instancia del Procurador del ejecutante, se procedió al embargo de varios créditos á favor de la repetida Sociedad contra socios comanditarios de la misma, por razón de lo que á ella habían debido aportar, y entre éstos D. Ramón de Herrera y Sancibrián, Conde de Mor-

tera, por los 5.000 pesos en oro de sus diez acciones, notificándose el embargo al referido gerente Campa y á los deudores, y por el D. Ramón de Herrera y Sancibrián á su sobrino y apoderado D. Ramón Herrera y Gutiérrez, á quien el actuario requirió para que no dispusiera de las acciones que su tío tenía suscritas, contestando aquél que no tenía acciones, antes bien de los libros aparecía un crédito contra dicha Sociedad por fletes y cargas; y dictada sentencia de remate, que la Sociedad consintió, se procedió, previos los trámites de la ley, á la subasta de los créditos embargados, y no teniendo efecto por falta de licitadores, Pérez Noucho solicitó se le adjunicaran dichos créditos por las dos terceras partes de la tasación, á lo que accedió el Juzgado, y practicada liquidación, dió por resultado un alcance de 167 pesos 33 centavos oro á favor del ejecutante, quien pidió se notificará á los deudores de los precitados créditos su adjudicación, previniéndoles que sólo á él debían satisfacerle, lo que también se acordó, y al efectuarlo á D. Ramón de Herrera y Gutiérrez en 14 de Junio de 1886, después de reproducir la manifestación que anteriormente había hecho, añadió que, según sus noticias, nunca se habían llegado á expedir las acciones con que se trató de fundar la Sociedad, y que no existiendo ésta, ni las acciones, nada le competía de la notificación:

Resultando que D. Ramón de Herrera y Sancibrián, Conde de Mortera, habia fallecido en 29 de Junio de 1885, bajo testamento en que instituyó albacea administrador de sus bienes á su hermano D. Cosme, el cual, con tal carácter otorgó en 12 de Abril de 1886 poder general á favor de su sobrino D. Ramón de Herrera y Gutiérrez, y en 23 de Septiembre del mismo año D. Antonio Pérez Noucho presentó la demanda de autos contra el D. Ramón como apoderado del D. Cosme, solicitando se condenara á éste en el indicado concepto de albacea administrador de los bienes quedados por fallecimiento de su hermano D. Ramón de Herrera y Sancibrián, Conde de Mortera, á que en el término de segundo día entregara al demandante la suma de 5.000 pesos en oro y sus intereses á razón del 8 por 100 anual, desde la interpelación judicial hasta el día de pago, imponiéndole además las costas, para lo cual expuso el contenido de la escritura de 9 de Junio de 1883, afirmando que el Conde de Mortera, ni satisfizo entonces, ni aún había satisfecho las diez acciones que tomó de la Sociedad Ingenio Central La Santa Cruz, la cual comenzó á funcionar bajo la gerencia de D. Andrés de la Campa y D. Felipe Manuel Dehogues, otorgando contratos, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones, entre ellas un pagaré de 4.000 pesos en oro que el demandante recogió; hizo también relación del juicio ejecutivo, seguido con dicho título hasta la adjudicación á su favor del crédito de 5.000 pesos de la Sociedad, contra el Conde de Mortera, y la notificación á D. Ramón de Herrera y Gutiérrez en 14 de Junio de aquel año; consignó igualmente los hechos del fallecimiento en 1885 del Conde, de institución de albacea por el mismo hecha en su hermano D. Cosme; el apoderamiento por éste, con tal carácter, de D. Ramón Herrera y Gutiérrez, del cual agregó: que no había tenido por conveniente realizar el pago de los 5.000 pesos en oro, habiendo sido inútiles las reclamaciones particulares intentadas y el acto conciliatorio, y añadió: que todo socio debe llevar á la Caja de la Sociedad la suma que se obligó á aportar como capital; que el que contrata con una Sociedad tiene el derecho de dirigirse contra la misma en la forma oportuna para compelerla al cumplimiento de sus obligaciones; que toda Sociedad responde con sus bienes, créditos y acciones á los compromisos contraídos con terceras personas; y que el acreedor á quien se adjudica en pago un crédito de su deudor, adquiere el derecho de reclamar y percibir directamente tal crédito, y el deudor de éste debe pagarlo al mismo desde el momento en que, hallándose vencido el contrato, tiene conocimiento de la adjudicación:

Resultando que el demandante presentó después escrito, manifestando: que según noticias que había adquirido respecto á las disposiciones testamentarias de D. Ramón de Herrera y Sancibrián, Conde de Mortera, la demanda debía entenderse dirigida contra D. Ramón de Herrera y Gutiérrez y D. Cosme Blanco y Herrera como uno de los herederos el primero, y cesionarios ambos de todos los derechos y obligaciones que constituían la sucesión del mencionado Conde, y citados y emplazados aquéllos, comparecieron oponiendo las excepciones de falta de acción en el actor, y de no tener ellos como cesionarios de los herederos del Conde de Mortera el carácter de dueños de las 10 acciones, cuyo importe se reclamaba, ni la obligación de pagarlas, y alegando al efecto en lo que es de hacer mérito: que entre los créditos pasivos quedados al fallecer D. Ramón de Herrera y Sancibrián, y que, como cesionarios de los derechos y acciones de sus herederos, se obligaron ellos á pagar, no se comprendió el de 5.000 pesos por las 10 acciones del Ingenio central La Santa Cruz, y según sus noticias tales acciones no llegaron á emitirse y menos á entregarse; que el Conde de Mortera sólo consintió en que se le apuntara como suscritor á la Empresa por 10 acciones para que su nombre mercantil contribuyera á darla crédito, pero sin que le fuera exigible su importe; que la gerencia de la Sociedad contrató con el Conde que el pago de las acciones apuntadas sería satisfecho únicamente con los fletes que devengaran los efectos de refacción que se remitieran desde la Habana al Ingenio central La Santa Cruz, los cuales aquél se comprometió á conducir en sus vapores como cumpliéndolo, no obstante que no habiéndose emitido las acciones ni entregado á ningún suscritor nada venía obligado á pagar, condujo numerosos efectos, el importe de cuyos fletes sería de aplicar, según lo convenido, al pago de aquéllas, y no habiéndose emitido le era debido, por lo cual entre los créditos activos dejados á su fallecimiento por el repetido Conde de Mortera figuraba el de dichos fletes contra el Ingenio central La Santa Cruz, pero no el crédito pasivo de 5.000 pesos reclamado en este juicio; que á todo evento, aun en el caso de deberse pagar las acciones no emitidas ni entregadas, el documento de 11 de Junio de 1883 justificaba el pacto de no pedir el importe, sino en flete de efectos; que no tenían noticia de que se hubiera otorgado ningún pagaré á favor de Pérez Noucho, ni de que éste hubiera ejercitado derechos contra una Sociedad cuyas acciones no llegaron á emitirse; que si bien todo socio debe llevar á la Caja de la Sociedad la suma que se obligó á aprontar como capital, esto se entiende en la oportunidad en que se haya convenido y cuando se haya constituído la Caja social, llenando los demás requisitos prevenidos por el Código de Comercio, y nunca en las Sociedades por acciones cuando éstas ni aun han sido emitidas; siendo también precepto legal que el que contrata con una Sociedad tiene el derecho de dirigirse contra ella en la forma oportuna para compelerla al cumplimiento de sus obligaciones, pero esto era inaplicable al caso de autos, porque Pérez Noucho venía revestido de los derechos de los socios administradores del Ingenio central La Santa Cruz, y con las facultades de la misma Sociedad, por lo cual, y por lo que antecede no tenía el carácter de tercera persona que quería ostentar; que si bien es igualmente cierto que toda Sociedad responde con sus bienes de los compromisos contraídos con terceras personas, en el presente caso no era aplicable esto, porque tal Sociedad no llegó á formalizarse con la expedición de las acciones que habían de constituir su capital, ni llegó la oportunidad de aportarlo á la Caja social, y á falta de esto, constituyendo los únicos bienes sociales el Ingenio La Santa Cruz y sus productos, éstos eran los llamados á ser embargados, pero no créditos que no procedían de las operaciones sociales ni eran debidos, pues los únicos bienes embargables de toda Sociedad responsable á una deuda, son los productos de sus ope-

raciones, pero no las obligaciones mutuas de los socios, solo exigibles por la acción *pro socio* á prorrata de las acciones compradas y percibidas, estando constituída la Sociedad en forma: y en este caso, aun habiéndose entregado las acciones al Conde de Mortera, nunca vendrían éste ni sus herederos obligados á pagar dinero alguno, por haberse convenido que se verificara el abono con el importe de fletes; que no figurando entre los bienes adquiridos por los demandados en la cesión hecha á su favor por los herederos del Conde las 10 acciones, ni tampoco entre los créditos pasivos los 5.000 pesos pedidos, ni tenían derecho á esas acciones, ni obligación de pagar semejante crédito, y, por el contrario, habiéndose comprendido entre los créditos activos de aquél uno contra el Ingenio central La Santa Cruz, por 901 pesos 95 centavos, importe de fletes de efectos, y no habiéndose emitido las acciones, resultaban los demandados acreedores y no deudores:

Resultando que conferido traslado para réplica á Pérez Noucho, lo evacuó en su lugar D. Manuel Solana y Barquín, presentando escritura otorgada en 10 de Enero de 1888, por la cual le cedió aquél el crédito de 5.000 pesos, objeto de este litigio, y adicionando á los fundamentos de la demanda que, por escritura de 22 de Abril de 1887, D. Ramón de Herrera y Gutiérrez y D. Cosme Blanco se hicieron cargo de la herencia de D. Ramón de Herrera y Sancibrián, bajo la base de que serían de su exclusiva responsabilidad todos los créditos activos y pasivos de la testamentaría, y el hecho de haberse omitido relacionar entre las deudas testamentarias una determinada, no afectaba á la existencia de ésta en el terreno legal; que por la escritura social se pactó que las acciones no se emitirían ni entregarían á los accionistas mientras éstos no abonaran su importe, no apareciendo de aquélla que D. Ramón de Herrera y Sancibrián sólo consintiera en figurar como socio para ayudar con su nombre á la Empresa y no para hacer efectivas las obligaciones que contraía, ni tampoco que conviniera en pagar con fletes el importe de sus acciones; y Pérez Noucho, que sólo era un adjudicatario del crédito, nada tenía que ver con lo que por concepto de fletes pudiera adeudar la Sociedad; que ésta quedó constituída por la escritura de 9 de Junio de 1883, repartió circulares y realizó operaciones; que el hecho de que con el capital de un socio se pagara una deuda social, no significaba que aquélla pesara sobre él exclusivamente, pues el pago se hacía por cuenta de todos los socios, y su efecto era el mismo que si el dinero hubiera ingresado en la Caja social para abonar la deuda; que los socios no pueden hacer pactos reservados, sino que todos han de constar en la escritura social, contra cuyo contenido no puede oponerse ningún documento privado ni prueba testifical, y que cuando una Sociedad se constituye legalmente, expide circulares y realiza operaciones, se entiende que tiene constituída su Caja social, y responde al cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, entre los cuales se hallan sus créditos contra sus socios que forman parte de su haber social y están sujetos á los embargos de los acreedores de aquélla como los demás bienes que posea, y si el crédito contra un socio no pudiera ser objeto de embargo, ocurriría el caso de que la falta de cumplimiento del socio redundaría en beneficio de la Sociedad y en perjuicio de sus acreedores:

Resultando que recibido el pleito á prueba, en parte de la del actor, á más de varios extremos ya mencionados, se unió á los autos un testimonio de poder otorgado en 28 de Marzo de 1883 por D. Ramón de Herrera, Conde de Mortera, á favor de su sobrino del mismo nombre, confiriéndole, entre otras facultades, las de formar, disolver y liquidar Sociedades; otro poder otorgado en 12 de Abril de 1886 por D. Cosme de Herrera y Sancibrián, como albacea de su hermano D. Ramón, Conde de Mortera, á favor de su sobrino D. Ramón de Herrera y Gutiérrez, para que administrara,

rigiera y gobernara todos los bienes que representaba, vendiéndolos, cediéndolos, hipotecándolos y dándolos en fianza y en pago, y otro testimonio de la escritura de 22 de Abril de 1887, por la cual los herederos del Conde de Mortera cedieron y traspasaron á D. Ramón de Herrera y Gutiérrez uno de aquéllos, y D. Cosme Blanco y Herrera sus derechos á la herencia, quedando á cargo y bajo la responsabilidad de dichos cesionarios todos los créditos activos y pasivos de la testamentaría:

Resultando que también hicieron prueba los demandados que obtuvieron término extraordinario para realizarla en la Península, sin que verificasen ésta, y en dicha prueba, aparte de otros particulares, el actuario se constituyó en el escritorio de la casa Sobrinos de Herrera, y con referencia á los antiguos libros, llevados por D. Ramón de Herrera y Sancibrián, puso testimonio de que en ellos no aparecían comprendidos entre las obligaciones á pagar los 5.000 pesos, importe de las 10 acciones del Ingenio central La Santa Cruz, como tampoco aparecían en las bajas ó créditos pasivos de la relación de bienes presentada á la Hacienda para el pago de derechos reales, que fué el balance que sirvió de base á la escritura de cesión de derechos otorgada por los herederos del Conde, ni estaban comprendidas las 10 acciones en el activo de la misma relación, que le fué exhibida, figurando en el Debe de la cuenta abierta al Ingenio central La Santa Cruz, varias partidas ascendentes á 901 pesos y 95 centavos, sin que existiera asiento alguno en el Haber; y los gerentes de la repetida Sociedad, D. Andrés de la Campa y D. Felipe Manuel Dehogues, declararon ser cierto que, como tales, convinieron con D. Ramón de Herrera y Sancibrián en que no se le cobrara el importe de las 10 acciones que le apuntaron en la Sociedad, sino que estaría únicamente en el deber de conducir por sus vapores los efectos que se remitieran á la finca hasta cubrir con sus fletes dicho importe de aquéllas, todo lo cual se consignó en un documento por duplicado, contrato que se puso en ejecución, conduciendo aquél en sus vapores todo lo que se mandó al Ingenio, sin cobrar los fletes, y ni los absolventes ni ningún otro socio trataron nunca de exigirle el importe de dichas acciones; y que ni Pérez Noucho ni Solana habían presentado en concurso al Ingenio central La Santa Cruz:

Resultando que continuada la sustanciación en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó en 20 de Diciembre de 1889 sentencia confirmatoria, menos en cuanto á la condena de costas, declarando con lugar la demanda, y condenando, en consecuencia, á D. Ramón de Herrera y Gutiérrez y á D. Cosme Blanco y Herrera en el concepto en que habían sido demandados, á pagar en el término de tercero día al actor D. Manuel Solana y Barquín, como cesionario de D. Antonio Pérez Noucho, la suma de 5.000 pesos, importe de las 10 acciones que D. Ramón de Herrera y Sancibrián tomó en la Sociedad Ingenio Central La Santa Cruz, y los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, así como el pago de la multa de 1.250 pesetas, como indemnización, por no haber ejecutado, dentro del término extraordinario que se le otorgó, la prueba que propusieron, sin hacer especial condenación de costas de ambas instancias:

Resultando que, con presentación del resguardo del depósito de 2.500 pesetas, D. Ramón de Herrera y Gutiérrez y D. Cosme Blanco y Herrera, han interpuesto recurso de casación, apoyado en el núm. 1.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil para Cuba y Puerto Rico, citando como infringidos:

1.º La ley del caso, ó sea el convenio privado, cuya existencia reconoce la Sala sentenciadora, celebrado en 11 de Junio de 1883 por los gerentes de la Sociedad Ingenio central La Santa Cruz, con el Conde de Mortera, causante de los actuales recurrentes; pues limitadas, en virtud

de lo en él estipulado, las facultades de dicha Sociedad á pedir tan sólo el saldo que á su favor resultase después de balancear el importe de las cantidades adeudadas por fletes con el de las 10 acciones á favor de aquél expedidas, la sentencia recurrida condena, sin embargo, á dichos recurrentes, como sucesores en los derechos y obligaciones del Conde, á pagar el valor íntegro de aquellas acciones, sin que se haya practicado liquidación alguna:

2.º El principio *pacta sunt servanda*, la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación y la doctrina de que son válidos y eficaces los contratos lícitos y honestos celebrados entre las Compañías mercantiles legalmente constituídas, y cualquiera persona capaz de obligarse, por no conceder valor alguno el fallo recurrido al citado convenio, en el cual concurren todos esos requisitos:

3.º Los artículos 286 y 306 del antiguo Código de Comercio, de los cuales se deduce que á los gerentes de una Sociedad corresponde la administración de la misma y la facultad de contratar á nombre de ella;

Y 4.º Los artículos 287 y 288 del mismo Código, por aplicación indebida, pues sus disposiciones podrían alegarse si se tratara de un documento privado otorgado entre socios, contrariando la escritura social, pero no cuando se trata de un convenio entre la gerencia de la Sociedad, ya constituída, y un naviero, por más que fuera también accionista.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la sentencia aplica rectamente los artículos 287 y 288 del Código de Comercio de 1829 al rechazar la eficacia del convenio celebrado en 11 de Junio de 1888 entre los gerentes de la Sociedad Ingenio central La Santa Cruz y D. Ramón de Herrera y Sancibrián, en cuanto modifica esencialmente la obligación por éste contraída como socio fundador, en la escritura otorgada en 9 del mismo mes y año, de aportar 5.000 pesos oro por las 10 acciones adquiridas en aquel acto, porque los pactos solemnes que constituyen la compañía de comercio, y entre ellos los referentes á la cuantía y efectividad de las aportaciones, no pueden alterarse por convenios particulares que no alcancen el asentimiento expreso de todos los interesados y que no obtengan la misma publicidad con que la ley asegura á los que comercian con las entidades colectivas mercantiles:

Considerando que por la expresada razón y porque todo lo relativo á la cuantía y forma de las aportaciones es, según el art. 286 del citado Código, propio de la constitución social y no de la administración, la sentencia no infringe dicho art. 286 ni el 30 que sanciona que la administración pueda circunscribirse á algunos socios, y que los que hayan renunciado á ella no pueden contradecir ni entorpecer la acción de los gerentes:

Considerando que es consecuencia de lo expuesto que el convenio de 11 de Junio de 1883, en cuanto modifica la aportación de D. Ramón de Herrera Sancibrián, no es un contrato válido, cuya eficacia pueda invocarse, como se pretende en los dos primeros motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ramón de Herrera y Gutiérrez y D. Cosme Blanco y Herrera, á quienes condenamos en las costas y á la pérdida del depósito que han constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 20 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

121

Recurso de casación (20 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Propiedad de varias fincas y otros extremos.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Diego de la Rosa, en pleito con el Banco de España (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que de conformidad con lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, son inadmisibles los motivos del recurso que se refieren á la apreciación hecha por la Sala sentenciadora de las declaraciones de los testigos, cuya fuerza probatoria defiere la ley al criterio de los Tribunales.

Resultando que remitidos á la Audiencia de Granada en virtud de cierta apelación unos autos procedentes del Juzgado de primera instancia del distrito de Santo Domingo de Málaga, incoados por D. Diego de la Rosa y Junio, contra el Banco de España, sobre propiedad de varias fincas, entrega de las mismas y otros extremos, al comparecer en dicha Audiencia el D. Diego de la Rosa, formuló incidente pidiendo se le declarase pobre para litigar en aquéllos, y tramitado, recayó en 11 de Noviembre del año último sentencia de la Sala de lo civil de la precitada Audiencia, declarando no haber lugar á otorgar al repetido D. Diego la defensa en tal concepto; contra cuyo fallo utilizó sin éxito el recurso de alzada:

Resultando que, en su consecuencia, ha interpuesto el D. Diego recurso de casación, fundado en diferentes motivos, alegando en el 4.º, que el penúltimo considerando de la sentencia, al negar amplio valor á las declaraciones de los testigos que han afirmado el hecho de la renuncia, y cese del D. Diego en el ejercicio de la profesión de Procurador, infringe el art. 659 de la ley Procesal, que impone á los Jueces y Tribunales la obligación de apreciar la fuerza probatoria de dichas declaraciones conforme á las reglas de la sana crítica; y claro es que, cuando se niega valor y plena exactitud á las manifestaciones de aquellos testigos, á pesar de hallarse corroboradas sus afirmaciones por el contenido de documentos públicos y de eficacia indudable, no puede decirse que tal apreciación se funda en las leyes de la sana crítica, porque ésta impone la necesidad de creer lo que dicen personas fidedignas cuando en ninguna forma se contradicen sus dichos:

Resultando que el Ministerio ha estado conforme con la admisión del recurso, y oído el Magistrado Ponente, se ha mandado traer á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Nepomuceno de Undabeytia:

Considerando que el presente recurso, en el cuarto motivo alegado, se refiere á la apreciación hecha por la Sala sentenciadora de las declaraciones de los testigos, cuya fuerza probatoria defiere la ley al criterio de los Tribunales, siendo inadmisible, por tanto, el citado motivo, de conformidad con lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á admitir el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Diego de la Rosa y Junio en cuanto al cuarto motivo en que se funda, y se admite respecto de los demás; y remitidas que sean las copias necesarias para la publicación de esta resolución en la forma prevenida por la ley, pasen los autos á la Sala primera.—(Auto fecha 20 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 1.º de Mayo del mismo año.)

122

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (21 de Abril de 1891). —Sala tercera.—*Exhibición de libros.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Asunción Calderón en autos con D. José Fernández (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que la sentencia que condena al demandado á la exhibición de libros pedida por el demandante para preparar el juicio, no tiene el concepto de definitiva ni se halla comprendida entre las que enumera el art. 1688 de la ley procesal de Cuba y Puerto Rico; pues si bien por el núm. 1.º de dicho artículo se dan aquellos efectos á las sentencias recaídas en incidentes, expresamente se determina que son los que ponen término al pleito haciendo imposible su continuación, lo cual no es aplicable al caso en que se trata de diligencias preliminares del juicio.

Resultando que D. José Fernández Blanco, debidamente representado, promovió en 24 de Enero de 1889 en el Juzgado de primera instancia del Oeste de la Habana, diligencias preparatorias del juicio declarativo de mayor cuantía, pidiendo se requiriera á Doña Asunción Calderón y Chacón, por medio de su marido el Conde de Casa Bayona, para que presentara los libros que tenía equivalentes al *Diario* y *Mayor* que se llevan en las Sociedades mercantiles, y las cuentas y balances correspondientes á la Sociedad común que su padre el Marqués de Casa Calderón había tenido con el alegante:

Resultando que habiendo contestado el marido de Doña Asunción Calderón al requerimiento que se le hizo por mandato del Juzgado en la forma pedida por Fernández Blanco, que su esposa no tenía sociedad con éste, é ignoraba qué libros, cuentas y balances pretendía; y que había oído decir varias veces á su difunto padre de Casa Calderón, que hacía unos veinticuatro años había formado con Fernández Blanco una Sociedad mercantil de escasa importancia, cuyo fin ignoraba Doña Asunción, y que ni ésta ni el declarante habían intervenido en tal Sociedad, se confirió instrucción al actor para los efectos del art. 748 de la ley de Enjuiciamiento civil, y evacuando el traslado pidió se dictara sentencia á su tiempo condenando á Doña Asunción Calderon á que exhibiera ante el actuario los libros y documentos que había pedido á los fines que tenía expresados en su primer escrito:

Resultando que recibidos á prueba los autos, no obstante la oposición de la parte demandada, se suministraron por ambas diferentes justificaciones, y previa citación y vista, dictó sentencia el Juzgado, que fué después confirmada por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio en 26 de Julio próximo pasadó, declarando confeso al Conde de Casa Bayona en los hechos contenidos en cierta petición formulada de contrario, y condenando á su esposa la Condesa de Casa Bayona, como heredera del Marqués de Calderon, á que en el término de tercero día presentase los libros, cuentas y balances á que se refería D. José Fernández Blanco en su primer escrito; en atención á que todo juicio puede prepararse pidiendo un socio ó comunero la presentación de los documentos y cuentas de la Sociedad ó comunidad al consocio ó condueño que los tenga en su poder, en los casos en que proceda con arreglo á derecho, y á que por el testamento del Marqués de Casa Calderon aparecía plenamente demostrado que él y Fernández Blanco formaron una Sociedad común, y por las declaraciones de dos testigos y la del Conde de Casa Ba-

yona al absolver posiciones, resultaba probado que en el escritorio de los consortes demandados existían los libros referentes á la Sociedad de que se trataba:

Resultando que con el depósito de 2.500 pesetas interpuso Doña Asunción Calderón, Condesa de Casa Bayona, recurso de casación por infracción de ley, á cuya admisión se ha opuesto el Ministerio fiscal, y en su virtud se trajeron los autos á la vista con las citaciones correspondientes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que la sentencia recurrida no tiene el concepto de definitiva para los efectos de la casación, ni se halla comprendida entre las que enumera el art. 1688 de la ley procesal en Cuba y Puerto Rico, pues si bien por el núm. 1.º de dicho artículo se dan aquellos efectos á las sentencias recaídas en incidentes, expresamente determina que son los que ponen término al pleito haciendo imposible su continuación, lo cual no es aplicable en el presente caso en que se trata de diligencias preliminares al juicio;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña Asunción Calderón y Chacón, Condesa de Casa Bayona, á quien se condena al pago de las costas, devolviéndosele el depósito que ha constituído; líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.—(Auto fecha 21 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

123

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA (21 de Abril de 1891). — Sala tercera.— *Otorgamiento de escritura.*—No ha lugar al interpuesto por D. Pablo Valldeperas en pleito con D. Angel San Felíu y otra (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que como no aplicable al caso no se infringe el núm. 2.º del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, denegando el recibimiento á prueba en la segunda instancia, si el no haber sido examinados en tiempo durante la primera varios testigos que formaban parte de la prueba propuesta, se debió á la falta de diligencia de la parte á quien interesaba esta prueba, sin que en esa inacción pudiera influir para nada la enfermedad que el litigante padeciera, puesto que no necesitaba intervenir personalmente en el asunto:

Que, por tanto, si la prueba no pudo hacerse no fué por causas no imputables á la parte que la propuso, no incurrió el Tribunal sentenciador, denegándola en la segunda instancia, en el quebrantamiento de forma á que se refiere el núm. 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia de Manresa y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Pablo Valldeperas y Poch, sin profesión, vecino de Garriga, representado por el Procurador D. José Arana y Morayta y defendido por el Licenciado D. Fermín Berastegui, con D. Angel San Felíu y Más y Doña Rosa Más y Torras, propietario el primero, vecino de Manresa, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre otorgamiento de una escritura y entrega de una casa:

Resultando que D. Pablo Valldeperas dedujo demanda en 12 de Enero de 1889 para que se condenase á D. Angel San Felíu y Más, por sí y como

heredero de su madre Doña Rosa Más, á hacerle entrega de una casa sita en la calle Mayor, distrito de los Baños, del pueblo de la Garriga, cuya venta tenían convenida, otorgando la correspondiente escritura por el precio pactado de 5.000 pesetas, y no verificándolo, á la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, y al reintegro de 1.870 pesetas, importe de las obras efectuadas en dicha casa, con los intereses legales:

Resultando que D. Angel San Felíu impugnó la demanda negando los hechos en que se fundaba, y deducida otra nueva demanda contra Doña Rosa Más con iguales pretensiones, la impugnó la demandada bajo el mismo concepto de negar los hechos en que se fundaba, habiéndose acumulado dichas demandas cuando uno y otro juicio llegaron al trámite de dúplica:

Resultando que recibido el juicio á prueba, el demandante la suministró, entre otras, de testigos, para justificar el contrato de venta de la casa, pretendiendo que para el examen de tres de los ocho que habían de ser examinados se librase exhorto al Juez de Sabadell:

Resultando que librado en efecto con fecha 3 de Octubre, en cuyo día fué entregado el exhorto al Procurador de Valldeperas, aparece presentado en Sabadell con fecha 28 de Octubre; y por providencia del siguiente dia 29, habiéndose presentado fuera del término de prueba, se mandó devolver al portador:

Resultando que continuada la sustanciación del juicio, el Juez de primera instancia de Manresa dictó sentencia en 13 de Febrero de 1890, absolviendo á los demandados de la demanda, y que remitidos los autos á la la Audiencia de Barcelona, por virtud de la apelación que el demandante interpuso, al evacuar en ella la comunicación que por instrucción se le dió, dijo por un otrosí que en la primera instancia había propuesto la prueba testifical, solicitando que se expidiera exhorto al Juzgado de Sabadell para que fueran examinados tres testigos que hubieran podido afirmar, no sólo el hecho de la venta de la casa de Lagarriga, sino también el precio por que fué vendida, con lo cual se comprendía la importancia que en la resolución del litigio tenian las declaraciones de aquellos testigos; que esta prueba no pudo practicarse en la primera instancia, porque cuando se recibió el exhorto proveniente del Juzgado de Manresa, se hallaba enfermo en cama el demandante y no pudo practicar las oportunas diligencias para que fuera despachado en el Juzgado de Sabadell; de modo que cuando presentó el exhorto no pudo cumplirse por haber transcurrido el período de prueba; hechos que ofrecía probar si se conceptuaba oportuno; que no siendo, por tanto, imputable al demandante la causa por la cual no pudo practicarse en la primera instancia la diligencia de prueba expresada, había llegado el caso previsto en el núm. 2.º del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, y de conformidad con lo expuesto en él, pidió se otorgara el recibimiento á prueba de los autos para practicar en aquella instancia la que ante el Juzgado no pudo practicarse:

Resultando que impugnada esta pretensión por Doña Rosa Más y Don Angel San Felíu, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por auto de 24 de Junio de 1890 la denegó por considerar que entregado el exhorto al Procurador de Valldeperas, y no siendo la enfermedad de éste que se alegaba causa bastante que impidiese su diligenciamiento, no tenía aplicación en el presente caso el núm. 2.º del art. 1862 de la ley de Enjuiciamiento civil en que se fundaba la referida pretensión:

Resultando que denegada en 14 del siguiente mes de Julio la súplica que de este auto se interpuso, y continuada la sustanciación de la instancia en lo principal, la referida Sala dictó sentencia en 15 de Diciembre de 1890, confirmando con las costas la del Juez de primera instancia apelada:

Y resultando que D. Pablo Valldeperas interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el núm. 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que había pedido á su debido tiempo que se recibiera el pleito á prueba en la segunda instancia, citando las disposiciones legales que apoyaban tal petición, le había sido negada, así como el recurso de dúplica que oportunamente se interpuso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que al denegar la Audiencia de Barcelona el recibimiento á prueba pretendido por D. Pablo Valldeperas en la segunda instancia del pleito que sostenía con D. Angel San Felíu y Doña Rosa Más, se fundó en la apreciación de no ser aplicable al caso el precepto contenido en el número 2.º del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil y que servía de apoyo al citado Valldeperas, hoy recurrente:

Considerando que la Audiencia obró en ello con acierto y perfecta sujeción á la ley; porque el no haber sido examinados en tiempo durante la primera instancia varios testigos que formaban parte de la prueba propuesta, se debió á la falta de diligencia del mismo que representaba al litigante, que interesaba aquélla y que tuvo en su poder el exhorto librado para el examen de dichos testigos desde el día 3 de Octubre hasta el 29, y no lo presentó, sin que en esa inacción pudiera influir para nada la enfermedad que el litigante padeciera, puesto que no necesitaba intervenir personalmente en el asunto:

Considerando, por tanto, que si la prueba no pudo hacérsele no fué por causas no imputables á la parte que la propuso, por lo que es visto que no ha incurrido el Tribunal sentenciador en el quebrantamiento de forma alegado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Pablo Valldeperas y Poch, á quien condenamos por razón de depósito al pagó de la cantidad de 500 pesetas, que satisfará si viniere á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; no haciendo declaración sobre costas por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 21 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

124

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (21 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesos.*—No ha lugar al interpuesto por D. José María Aguirregaviria en autos con D. Francisco Zayas (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que comparecido el recurrente en tiempo en el juicio por virtud de la citación que el mismo supone hecha con falta de los requisitos legales, quedó subsanado el defecto, si existiese, con su comparecencia, según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 277 de la ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo segundo:

Que en tal caso no es de estimar el quebrantamiento mencionado en el caso 1.º del art. 1691 de la ley procesal de Cuba y Puerto Rico:

Que habiendo tenido lugar con las formalidades exigidas por la ley la citación y el señalamiento para vista, si el Juzgado no accede á la suspensión del acto, notificándose esta resolución á las partes, queda subsistente la citación referida, y no es de estimar el quebrantamiento de forma á que alude el caso 4.º del art 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico:

Que si la sentencia, sin voto reservado aparece firmada por tres Magistrados, que es el número fijado en el art. 346 de la ley de Enjuiciamieut civil de Cuba y Puerto Rico, y el recurrente no aduce fundamento alguno para demostrar en qué consiste la falta alegada, no es de estimar el quebrantamiento á que se refiere el caso 8.o del art. 1691 de dicha ley.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Abril de 1891, en los autos ejecutivos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Belén de la ciudad de la Habana, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Francisco Zayas Jiménez, Médico cirujano, vecino de la Habana, con D. José María Aguirregaviria y Arizabalo, Maestro de obras, vecino de Agua de Pasajeros, en la provincia de Matanzas, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el demandado y sostenido en su defensa y representación ante este Tribunal Supremo por el Doctor D. Francisco Lastres y el Procurador Don Antonio Bendicho, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Rafael María de Labra y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana:

Resultando que por escritura pública otorgada en la Habana en 9 de Octubre de 1886, D. Francisco Zayas vendió á D. José María Aguirregaviria cierta maquinaria que se especifica y detalla en la escritura, por la cantidad de 25.000 pesos libres de todo gasto para el vendedor, que se dió por recibido de 6.000 pesos, obligándose el comprador á entregar los 19.000 restantes sin interés alguno; 5.000 en 28 de Febrero de 1887; otros 5.000 en 31 de Mayo del mismo año; igual suma en 28 de Febrero de 1888, y los 4.000 restantes en 31 de Mayo del mismo año:

Resultando que con la primera copia de esta escritura inscrita en el Registro, dedujo D. Francisco Zayas en la Habana en 29 de Septiembre de 1887, demanda ejecutiva contra Aguirregaviria por cantidad de 10.000 pesos, importe de los dos primeros plazos, é intereses de demora y costas; haciendo presente por un otrosí que acompañaba las copias de los documentos que presentaba y del escrito de demanda para su entrega al demandado al hacerle la citación de remate:

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito de Belén, á quien correspondió el conocimiento de la demanda, despachó la ejecución por auto de 8 de Octubre siguiente, librando exhorto al Juez de primera instancia de Cienfuegos para que tuviera lugar el requerimiento y consiguiente citación de remate del deudor, lo cual tuvo lugar en 7 del siguiente mes de Noviembre, así como el embargo de bienes por no haber satisfecho Aguirregaviria la cantidad demandada por las razones que expuso al ser requerido:

Resultando que dicho demandado se personó en los autos y formalizó su oposición en escrito de 2 de Diciembre, alegando la excepción de nulidad por tres conceptos, haciendo consistir el último en que en la demanda entablada no se habían expuesto ni por consiguiente numerado los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyaba, á cuyo extremo contestó la parte ejecutante, que tal causa no era de las que autorizaba la ley, y no podía por lo tanto alegarse, pudiendo serlo en todo caso de un pleito ordinario de nulidad de aquel ejecutivo, y que además le bastaba recordar los términos de su demanda para contestar á tal causa de nulidad:

Resultando que entregada á la representación del ejecutado copia del anterior escrito, presentó otro de fecha 19 de dicho mes de Diciembre, manifestando: que en vista de lo afirmado de contrario en contestación al tercer motivo de nulidad por su parte alegado, había examinado los autos, encontrando en ellos que en la demanda se exponían y numeraban debidamente los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyaba, por lo que reconocía la no existencia de tal motivo de nulidad, retirando cuanto

en tal supuesto tenía alegado; que la causa de tal error procedía de que la copia de la demanda que se le había entregado al practicarse la citación de remate, y que acompañaba en prueba de su aserto, estaba incompleta, faltándole precisamente los extremos aludidos; que, por lo tanto, resultaba la existencia de un nuevo motivo de nulidad, que desde luego invocaba en apoyo de su derecho, cual era el previsto en el núm. 3.º del art. 1465 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que se dice que podrá pedirse igualmente que se declare nulo el juicio cuando el deudor no hubiese sido citado de remate con las formalidades prescritas en esta ley, toda vez que ordenándose en el 1457 que la citación de remate se hará por medio de cédula, entregando al ejecutado las copias de la demanda y documentos que habrá presentado al ejecutante, y no habiéndosele hecho entrega de copia exacta y completa de la demanda, era evidente que no se le había citado de remate con las formalidades prescritas en la ley, y por lo tanto, que era nulo todo lo actuado desde aquella citación informal; que era indiscutible su derecho á alegar dicha excepción en el estado que alcanzaba el juicio, por cuanto la falta en que aquélla se fundaba no había llegado á su noticia sino después del escrito del ejecutante contestando al de oposición, respecto de lo cual prestaba el juramento necesario, y además, por razón de analogía con lo dispuesto en el art. 562 de dicha ley Procesal, toda vez que no se había recibido aún el pleito á prueba; que, por otra parte, tratándose de una falta que daba lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, según el núm. 1.º del art. 1691, tenía el derecho, así como el deber, conforme al 1694, de pedir la subsanación de la falta en la instancia en que se había cometido; y que, en resumen, ampliaba su escrito de oposición con la citada falta de emplazamiento, toda vez que la citación de remate en el juicio ejecutivo equivalía al emplazamiento en el ordinario, según numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, y que conforme al art. 1465, núm. 3.º, en combinación con el 1457 y párrafo segundo del 1437, es nula la citación de remate cuando al llevarla á cabo no se entrega al ejecutado copia exacta de la demanda ejecutiva; solicitando por todo ello que se le admitiera este escrito como de ampliación al de oposición, con arreglo al art. 562 de la ley de Enjuiciamiento civil, confiriendo traslado por tres días á la parte contraria, conforme al 563, y declarando en definitiva, para el caso de que se desestimaran las dos primeras excepciones que tenía alegadas en el escrito de oposición, nula la citación de remate y todo lo actuado con posterioridad; y por un primer otrosí, pidió que se tuviese por reclamada en la forma que se estimase más procedente la subsanación de la falta á que se había referido, y por hecha la protesta de establecer, en su caso, el recurso de casación por quebrantamiento de forma:

Resultando que el Juzgado, en providencia de 8 de Febrero de 1888, declaró no haber lugar á lo principal del anterior escrito, teniendo por consignada la protesta; y pedida reforma por Aguirregaviria, declaró no haber lugar á ella en auto de 1.º de Marzo:

Resultando que recibido el juicio á prueba se utilizó el trámite por ambas partes, y en providencia de 9 de Mayo de dicho año se mandó llevar los autos á la vista para sentencia con citación de las partes, señalando para aquel acto el día 16 de dicho mes:

Resultando que suspendida la vista á petición del Procurador del ejecutado, y señalada de nuevo para el día 24, pidió suspensión la misma parte en este mismo día, fundada en hallarse enfermo su Abogado director, conforme lo acreditaba con la certificación facultativa que acompañó, y denegada esta segunda suspensión, tuvo lugar el acto con asistencia del Letrado de la parte ejecutante:

Resultando que en escrito del 26 pidió reforma la representación del

ejecutado de la citada providencia del 24, solicitando que en su virtud se anulara la vista que se había celebrado, señalando nuevo día y hora para que tuviera efecto, á lo que proveyó el Juzgado en 28 que no había lugar á sustanciar el recurso establecido, por no ser susceptible de reforma la providencia contra que se dirigía, y en el mismo dictó sentencia de remate, que fué apelada por el ejecutado Aguirregaviria, remitiéndose en su virtud los autos á la Audiencia del territorio:

Resultando que al evacuar dicho apelante el trámite de instrucción, promovió por un otrosí incidente de previo y especial pronunciamiento, fundado en los tres quebrantamientos de forma que en su concepto se habían cometido en la primera instancia, y daban lugar en su caso al recurso de casación, cuyo incidente promovía con arreglo al art. 892 de la ley de Enjuiciamiento civil, en combinación con el 858 de la misma para que se subsanaran dichas faltas, haciendo consistir la primera en la nulidad de la citación de remate ya referida; y la segunda en no haberse accedido á la suspensión de la vista que se había celebrado ante el Juzgado, por cuanto el hecho de celebrarse la vista pública de un pleito sin asistencia del Abogado defensor de una de las partes á causa de haberse injustamente denegado la suspensión de aquélla, equivalía á la falta de citación de que hablaba el art. 1691 en su núm. 4.º:

Resultando que la Sala de lo civil por auto de 17 de Noviembre de 1888, cuya súplica rechazó en otro de 12 de Diciembre, declaró no haber lugar á la admisión de dicho incidente, y terminada la sustanciación de la alzada, dictó sentencia en 27 de Mayo de 1889, confirmando la apelada con la consiguiente imposición de costas:

Resultando que con el depósito de 1.250 pesetas prevenido en la ley, interpuso D. José María Aguirregaviria recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en los casos 1.º, 4.º y 8.º del art. 1691 de la de Enjuiciamiento civil; respecto del caso 1.º, porque la citación de remate, que equivalía al emplazamiento en los juicios declarativos, según numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, se había hecho de una manera defectuosa, como se había demostrado en autos; respecto del caso 4.º, por no haberse citado á su Procurador para la sentencia definitiva de primera instancia; y en cuanto al caso 8.º, porque la sentencia de que recurría se había dictado por menor número de Magistrados que el señalado en la ley.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que comparecido el recurrente en tiempo en el juicio por virtud de la citación que el mismo supone hecha con falta de los requisitos legales, quedó subsanado el defecto, si existiese, con su comparecencia, según tiene declarado con repetición este Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 277 de la ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo segundo, y no es procedente en su consecuencia el recurso por este primer motivo:

Considerando que es también improcedente el recurso por el segundo motivo, atendiendo á que la citación y el señalamiento para la vista tuvieron lugar con las formalidades exigidas por la ley, y que al no acceder el Juzgado á la suspensión del acto, quedó subsistente la citación referida para sentencia, siendo además notificado este nuevo auto denegatorio á las partes:

Considerando, con relación al tercer motivo, por no haber concurrido el número de Magistrados necesario para dictar sentencia, que no aduciendo el recurrente fundamento alguno en su apoyo, ó sea el motivo en que consista la falta, la sentencia, sin voto reservado, aparece firmada por tres Magistrados, que es el número fijado en el art. 346 de dicha ley,

vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico, siendo, por tanto, asimismo improcedente el recurso por este tercer motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por D. José María Aguirregaviria, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 21 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

125

Recurso de casación (22 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Restitución de bienes.*—No ha lugar, en parte, á la admisión del interpuesto por D. Manuel Zafra en pleito con D. Juan Palomeque (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que con arreglo á lo prevenido en el párrafo noveno del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, son inadmisibles los motivos del recurso que se dirigen contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora, y no están comprendidos en el caso 7.º del art. 1622, por no citarse ley ni doctrina legal infringida para constituir error de derecho ni documento ó acto auténtico que compruebe el error de hecho.

Resultando que la Audiencia de Sevilla dictó sentencia en 25 de Noviembre del año último, estimando la demanda deducida por D. Juan Palomeque Camachos, y condenando á D. Manuel Zafra y Salamanca á restituir á aquél, con los frutos desde la contestación á la demanda, la huerta de una fanega y once celemines de tierra, sita en la ribera de Marbella, término de Luque, que le reclama:

Resultando que D. Manuel Zafra y Salamanca ha interpuesto recurso de casación, fundado en dos conceptos ó motivos, manifestando en el segundo que la Sala sentenciadora ha apreciado erróneamente las pruebas practicadas, puesto que de ellas resultaba que la finca objeto del pleito no tenía los mismos linderos que la perteneciente á Palomeque, siendo evidente la equivocación del juzgador, dadas las pruebas practicadas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que el segundo motivo de este recurso se dirige contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, y no está comprendido en el caso 7.º del art. 1622 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues no se cita ley ni doctrina legal infringida para constituir error de derecho, ni documento ó acto auténtico que se compruebe el error de hecho, por cuya razón dicho motivo no es admisible, con arreglo á lo prevenido en el párrafo noveno del art. 1729 de la citada ley;

Se admite el recurso de casación interpuesto por D. Manuel Zafra y Salamanca en cuanto al primer motivo que comprende, y no ha lugar á su admisión en cuanto al segundo; publíquese esta resolución en la forma prevenida por la ley, y pasen los autos á la Sala primera de este Supremo Tribunal.—(Auto fecha 22 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

126

Recurso de casación (23 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar al interpuesto por D. Jesús González y otros en autos con D. Ricardo González (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no infringe el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil la sentencia denegatoria del beneficio de pobreza á una madre que lo solicita en representación de sus hijos menores de edad, juntamente con otros mayores, si la negativa se funda en que los actos demuestran que el patrimonio del padre continuaba proindiviso administrado por la madre que ejercía la patria potestad sobre los hijos menores, y que los mayores administraban una tienda de comercio; particulares estimados por la Sala sentenciadora apreciando la prueba y sin que se haya citado ley que contradiga el criterio del Tribunal.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Abril de 1891, en el incidente de pobreza seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa, hoy del Sur, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta misma corte, por D. Jesús González y González, dependiente de comercio, y su madre Doña Arsenia González Hidalgo, en representación de sus demás hijos menores, para litigar con D. Ricardo González Puente, propietario, y Doña Ulpiana Rebollo y González, vecinos de Saja, habiendo sido también parte en este incidente el Abogado del Estado, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandantes, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Telesforo Díaz y el Procurador D. Francisco Quintín Fernández, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que con motivo de una demanda deducida en esta corte por D. Ricardo González y Doña Ulpiana Rebollo contra D. Jesús, D. Rogelio, Doña Adriana González y González, y cinco hermanos más, hijos de D. Servando González, ya difunto, y de Doña Arsenia González, sobre cumplimiento de un contrato, promovieron dichos hermanos incidente de defensa por pobre, alegando en su apoyo, que eran naturales de Colsa, en la provincia de Santander, donde todos vivían en compañía de su madre, excepto D. Rogelio, D. Jesús y D. Servando, que se hallaban domiciliados hacía cinco años en esta corte, encargados por su madre de despachar á temporadas en una tienda de comestibles que la misma tenía en el número 23 de la calle de Silva; que ninguno de ellos pagaba, ni en Colsa ni en Madrid, alquiler alguno por hacerlo su citada madre, en cuya compañía vivían y para la que trabajaban, sin que les diera sueldo ni jornal alguno eventual ni permanente; que no contaban con otros bienes y medios de subsistencia que los escasos dejados por su difunto padre que usufructuaba su madre, cuyo total producto no llegaba al doble jornal de un bracero en esta corte ni en Colsa, y que no usufructuaban bienes de nadie ni de ninguna clase, ni pagaban contribución por concepto alguno al Tesoro público:

Resultando que unidas á los autos las certificaciones exigidas en el artículo 27, caso 6.º de la ley de Enjuiciamiento civil, de las que resulta tan sólo: que Doña Arsenia González figuraba en el amillaramiento con un líquido imponible de 363 pesetas, y una cuota y recargos de 73 con 53 céntimos, contestó la demanda el Abogado del Estado, oponiéndose á que se otorgara á los demandantes la pobreza pedida mientras no justificaran plenamente su derecho á obtenerla, y evacuaron después el traslado D. Ricardo González y Doña Ulpiana Rebollo, alegando en oposición á dicha

demanda: que por muerte de D. Servando González, padre de los demandantes, ocurrida hacía ya años, no se había practicado operación alguna testamentaria, por lo que era incierto que hubieran heredado cortos y escasos bienes de su citado padre, cuyo usufructo tenía la madre, sino que los numerosos y productivos bienes que en Colsa disfrutaba ésta, tanto podían ser de ella como corresponder á los menores; que tanto D. Jesús como D. Rogelio se dedicaban á operaciones de comercio, comprando y vendiendo por su cuenta, y realizando las operaciones á su nombre como tales comerciantes, sin que en ellas figurase para nada su madre, quien en todo caso lo único que haría sería pagar la contribución industrial; que confirmando esto mismo y prescindiendo de los continuos gastos que aquéllos realizaban, incompatibles con la idea de la pobreza, existía el dato importante de la reclamación de sueldos que venían sosteniendo en los autos principales, en los que tenían pedido se les abonaran 3.000 reales al año, mantenidos y vestidos en una época en que eran solo dependientes, bien distante de la actual, en que, según propia confesión, regenteaban y dirigían un establecimiento de comercio; que los mismos D. Jesús y D. Rogelio, por legado de su tío D. Antonio González, tenían dos tiendas, la del núm. 23 de la calle de Silva y la del núm. 8 de la Plaza de San Ildefonso, la primera de las cuales dirigían y regenteaban en nombre propio, á pesar de que su madre había conseguido arrendar el local á su nombre, y la segunda la había subarrendado la misma Doña Arsenia á D. Ezequiel Ruiz, quien le pagaba una respetable suma mensual que debía ser de los menores; que todos los demandantes, excepción hecha de Don Jesús, vivían sujetos á la patria potestad de su madre, la cual disfrutaba el concepto de rica, y como tal litigaba en los autos principales; y que el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Febrero de 1876, tenía declarado que durante la patria potestad, si el padre es rico no tiene derecho el hijo para ser declarado pobre, sin que esto afecte á la doctrina de que el derecho de defensa es personal:

Resultando que por ambas partes se suministraron diferentes pruebas, y sustanciado el incidente por los demás trámites de ley y en dos instancias dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte sentencia confirmatoria, declarando no haber lugar á conceder á los hermanos González y González el beneficio de pobreza que tenían solicitado para litigar con D. Ricardo González Puente y Doña Ulpiana Rebollo, con la consiguiente imposición de costas y demás pronunciamientos del caso:

Resultando que D. Jesús, D. Rogelio, Doña Adriana, Doña Isolina, Doña Balbina, Doña Benita, D. Servando y Doña Filomena González y González interpusieron recurso de casación fundado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón de los siguientes motivos:

1.º Porque al denegar á los recurrentes la defensa por pobre, no obstante vivir de un salario ó jornal eventual, que aun siendo permanente no llega al doble jornal de un bracero, y de no pagar contribución alguna, se infringe el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con los casos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del 15; pues si bien los bienes heredados por los recurrentes por su padre, están proindiviso, como dice la sentencia recurrida, todos ellos en junto no producen el doble jornal de un bracero, según acredita la certificación traída á los autos con referencia al libro de amillaramiento; y si bien su madre es rica, y en tal concepto litiga en los autos principales lo hace oponiendo excepciones contrarias á las de los recurrentes, por lo que no puede tener aplicación la ley de Matrimonio civil citada en la sentencia; y si, por último, los hermanos D. Jesús y Don Rogelio dirigen ó venden en las dos tiendas, lo hacen bajo la patria potestad de su madre, á quien pertenecen:

Y 2.º Porque en la apreciación de la prueba hay error de hecho que resulta de las certificaciones traídas al incidente y con relación á los autos principales.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que no infringe la sentencia recurrida el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil, citado en el motivo 1.º, ni tampoco incurre en el error que se menciona en el motivo 2.º, porque la negativa del beneficio de pobreza se funda por la Sala en no haber los recurrentes acreditado los extremos de la demanda, y en que los actos demuestran que el patrimonio del padre continuaba proindiviso y administrado por la madre que ejercia la patria potestad sobre los hijos menores de edad, y que los mayores administraban una tienda de comercio; particulares estimados por la Sala, apreciando la prueba y sin que se haya citado ley que contradiga el criterio del Tribunal;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Jesús, D. Rogelio, Doña Adriana, Doña Isolina, Doña Balbina, Doña Benita, D. Servando y Doña Filomena González y González, á quienes condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón del depósito debieron constituir, que se distribuirá en su día con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 23 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Junio del mismo año.)

127

Recurso de casación en la forma (23 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Desahucio.*—No ha lugar al interpuesto por D. Eudaldo Vilajusana en autos con la razón José Pons é Hijos (Juzgado de primera instancia de Berga), y se resuelve:

Que no se incurre en el quebrantamiento de forma del núm. 1.º del artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil por falta de emplazamiento de la persona que debió ser citada para un juicio de desahucio, si aun no justificándose que fuese inquilino á virtud de arrendamiento de la casa objeto del desahucio, es lo cierto que fué demandado en concepto de habitante de la misma y como tal fué citado para la comparecencia:

Que el no haber presentado el actor título alguno para entablar el desahucio, no puede utilizarse para fundar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, pues como tiene con repetición declarado el Tribunal Supremo, la falta de personalidad que autoriza dicho recurso, según el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, es la que nace ó se deriva de la incapacidad personal para comparecer en juicio, y no de la falta de acción ó derecho para pedir, lo cual corresponde al fondo del asunto:

Que el quebrantamiento de forma á que alude el núm. 4.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, no tiene aplicación á un juicio de desahucio en que por ninguna de las partes se propuso prueba:

Que es infundado el quebrantamiento del caso 6.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, si sobre la incompetencia de jurisdicción no se hizo reclamación en primera ni en segunda instancia, y, por el contrario, se reconoció la de los Tribunales que conocieran de la demanda.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado municipal de Puigreig y en el de primera

instancia de Berga, por la razón social José Pons é Hijos, del comercio de Barcelona, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con Don Eudaldo Vilajusana y Planas, jornalero, vecino de aquel pueblo, represendo por el Procurador D. Maximino Elvira y defendido por el Licenciado D. Nicolás Salmerón, sobre desahucio:

Resultando que D. Mauricio Comas y Obradors, en calidad de apoderado de la razón social José Pons é Hijos, de Barcelona, presentó escrito en 4 de Octubre de 1890 al Juez municipal de Puigreig, deduciendo demanda de desahucio contra D. Eudaldo Vilajusana, que habitaba en la casa núm. 14, piso 4.º, de la colonia industrial de Pons, sita en aquel término municipal, fundado en la falta de pago del precio estipulado por el arrendamiento de la habitación que ocupaba, cuyo débito era de seis meses vencidos, sin que el importe anual de dicho alquiler alcanzase el tipo ó cuantía que señalaba el art. 1563 de la ley de Enjuiciamiento civil, por lo cual era competente aquel Juzgado municipal:

Resultando que citadas las partes á juicio verbal, el demandado, antes de contestar á la demanda, hizo presente á los efectos que procedieran, que el art. 116 del Reglamento de 13 de Julio de 1882 para la imposición y recaudación de la contribución industrial, prevenía que para celebrar actos de conciliación y promover cualquiera demanda ante los Tribunales sería requisito indispensable en el reclamante, si se hallaba sujeto á la contribución industrial, y la acción que entablase tenía relación con la profesión, arte ú oficio que ejerciera, justificar que estaba corriente en el pago de la cuota que se le hubiera impuesto; y que la acción que entablaba el actor tenía relación directa con la industria que ejercía, puesto que se trataba del desahucio de una habitación enclavada en lo que el demandante llamaba colonia industrial, formando parte del conjunto de que se componía la fábrica donde explotaba su industria, por lo cual debía acreditar que estaba corriente en el pago de aquel subsidio; que el actor contestó que aquel artículo se refería á los Tribunales colegiados, y que disfrutaba de franquicia en la contribución industrial; y que el Juez, teniendo en cuenta que la acción que se entablaba no revestía ninguno de las caracteres de industria, pues que no podía considerarse en manera alguna como tal, el arrendamiento de una finca puramente urbana, aunque estuviera enclavada dentro del recinto de una colonia llamada industrial, por lo cual ordenó que el demandado contestase á la demanda:

Resultando que formulada protesta por el demandado á los efectos legales que procedieran para entablar en su caso recurso de casación, pidiendo, no obstante, que el Juzgado, al dictar sentencia, volviera sobre su acuerdo reponiendo la anterior providencia, se opuso á la demanda, porque no existiendo como no existía contrato alguno de arrendamiento faltaba la base principal para que existiera la causa de desahucio que alegaba la parte demandante, por lo que pedía que se le absolviera de la demanda, condenando al actor al pago de las costas:

Resultando que la Sociadad demandante replicó que existía verdadera causa de desahucio por la falta de pago del precio convenido con el demandado por la habitación que ocupaba, y que la única prueba admisible era el pago por confesión judicial ó por documento que lo acreditase; y que el demandado insistió en que negando la existencia del contrato no podía ni debía acreditar el pago cuya falta se pretendía:

Resultando que el Juez municipal dictó sentencia en 14 de Octubre de 1890, por la que, fundado en que para dar lugar al desahucio de un finca concedida en arrendamiento basta la falta de pago del previo convenido, no siendo admisible otra prueba acerca de él que la confesión judicial ó el recibo en que conste haberse verificado el pago; y que el demandado, á pesar de negar la existencia del contrato de arriendo, no había explicado

el título en virtud del cual disfrutaba la habitación de la cual pedía el demandante que se le desahuciase, dejando, por tanto, de cumplir con lo prescrito en el art. 1579 de la ley, que previene se formule en el acto toda la prueba que pueda convenir; declaró haber lugar al desahucio interpuesto por la razón social José Pons é Hijos contra D. Eudaldo Vilajusana y Planas, apercibiendo á éste de lanzamiento si en el término de ocho días no desalojaba la casa habitación que ocupaba en la colonia de aquéllos, condenándole en las costas.

Resultando que D. Eudaldo Vilajusana interpuso apelación de esta sentencia, manifestando que negaba la existencia del contrato de arrendamiento que no había justificado el contrario, entendiendo que no rezaba con él lo dispuesto en el art. 1583 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no adeudarse cantidad alguna y no saberse, por consiguiente, qué depositar, mucho más cuando ni siquiera en la demanda se fijaba el importe de los alquileres que se suponían adeudados; que admitida la apelación y remitidos los autos al Juzgado de primera instancia de Berga, verificada la comparecencia ordenada por la ley, en la cual las partes se limitaron á reproducir las pretensiones que tenían deducidas en 13 de Noviembre de dicho año 1890, dictó sentencia el Juez, por la que, aceptando los fundamentos de la apelada que quedan referidos, y fundado además en que la exhibición del talón de la contribución industrial no podía afectar á la resultancia del pleito de índole exclusivamente civil, por referirse este detalle al resorte de la administración, según lo tenía declarado este Supremo Tribunal, y que la cuestión del alquiler en los desahucios no tenía otro objeto que el de fijar la competencia, siendo extemporáneas é inoportunas todas las demás alegaciones que sobre este punto versasen, puesto que á su tiempo no se había formulado la excepción, que en su caso hubiera tal vez podido ser procedente, confirmó con las costas de la instancia la sentencia apelada:

Resultando que D. Eudaldo Vilajusana, protestando deducir en su caso y lugar recurso de casación por infracción de ley, lo interpuso por quebrantamiento de forma, que fundó en los casos 1.º, 2.º, 4.º y 6.º del artículo 1693 de la ley, alegando que se habían hecho las reclamaciones oportunas, toda vez que en ambas instancias se había venido sosteniendo por el demandado la falta de derecho y acción en el acto para hacer prosperar su demanda de desahucio, por adolecer de los vicios y defectos expresados.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que no procede el recurso de que se trata por falta de emplazamiento de la persona que debió ser citada para el desahucio, pues aunque no se justificó que Eudaldo Vilajusana sea inquilino á virtud de arrendamiento de la casa núm. 14 de la colonia industrial, sita en el término de Puigreig, es lo cierto que el Vilajusana fué el demandado en concepto de habitante de dicha casa, y como tal fué citado para la comparecencia, y por consecuencia no se incurrió en el quebrantamiento de forma del núm. 1.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que el no haber presentado el actor título alguno para entablar el desahucio no puede utilizarse para fundar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, pues, como tiene con repetición declarado este Tribunal Supremo, la falta de personalidad que autoriza dicho recurso, según el núm. 2.º del artículo antes mencionado, es la que nace ó se deriva de la incapacidad personal para comparecer en juicio, y no de la falta de acción ó derecho para pedir, lo cual corresponde al fondo del asunto:

Considerando que la falta de citación y de audiencia que se alega como otro de los motivos del recurso no tiene aplicación á este caso, en que por ninguna de las partes se propuso prueba:

Considerando que también es infundado el quebrantamiento de forma, que se hace consistir en la incompetencia de jurisdicción, pues sobre esto no se hizo reclamación ni en primera ni en segunda instancia, y, por el contrario, reconoció el demandado la del Juez municipal, lo mismo que la del Juez de Berga, para ante el cual interpuso el recurso de apelación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Eudaldo Vilajusana, á quien condenamos, por razón de depósito, al pago de la cantidad que corresponda, que satisfará si viniere á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; no haciendo declaración de las costas por no haberse personado la otra parte; y procédase á lo que haya lugar respecto al recurso de casación preparado por infracción de ley.—(Sentencia publicada el 23 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

128

RECURSO DE CASACIÓN (25 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de actuaciones en ejecución de sentencia.*—No ha lugar al interpuesto por D. Félix Boix en pleito con D. Fernando Pérez y otro (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que dictada sentencia ejecutoria condenando al pago de cantidad á una Sociedad mercantil, si las únicas diligencias ordenadas en los autos sobre cumplimiento de aquélla han sido dirigidas á requerir á los hijos y herederos de uno de los socios para que manifiesten si están dispuestos á cumplir la ejecutoria, con este requerimiento de simple exploración no se coarta en modo alguno la libertad de acción de aquéllos ni se prejuzgan sus derechos, puesto que nada se resuelve, y no resolviéndose cosa alguna, antes bien declarándose que el fallo no implica que posteriormente no se planteen y resuelvan las cuestiones de fondo sobre responsabilidad de los mismos, es evidente que la sentencia denegatoria de la nulidad de dichas actuaciones no infringe las leyes 19 y 20, tít. 22, Partida 3.ª, y los artículos 35, 36, 37 y 38 del Código civil, y 249, 256 y 279 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Abril de 1891, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Este de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Félix y Boix Merino, Ingeniero, de esta vecindad, como apoderado de D. Elzeario Boix Llobateras, de la misma profesión y vecindad, y Doña Dolores y Doña Rosa Boix y Llobateras, domiciliadas respectivamente en San Sebastián y en Niza, dedicadas á las labores de su sexo, en concepto los tres de herederos de D. Joaquín Boix y Llobateras, y en su representación y defensa el Procurador D. Ramón Calabria y el Licenciado D. Luis Felipe Aguilera, siendo parte recurrida D. Fernando Pérez y Casariego, de este domicilio, Cajero del Banco de España, y Doña Teresa Fernández Casariego y Rodríguez, propietaria, vecina de Tapia, como heredera de su hijo D. José María Pérez y Casariego, representados por el Procurador D. Manuel Mariño y defendidos por el Letrado D. Isidro Mariño, sobre nulidad de actuaciones practicadas en ejecución de una sentencia:

Resultando que la Sociedad mercantil que en esta plaza giró bajo la razón social de Pérez Casariego Hermanos siguió pleito en el suprimido Tribunal de comercio de esta misma plaza y en la también suprimida Sala

tercera de lo civil de la Audiencia del territorio, con la Sociedad de igual domicilio Joaquín Boix y Compañía, sobre pago de 1.643 pesos 76 centavos, importe de una cuenta de resaca, sus intereses legales desde la fecha de la demanda y las costas; y por la mencionada Sala se dictó, en 6 de Julio de 1869, sentencia confirmatoria, condenando al pago á la Sociedad demandada, declarándose desierto por el Tribunal Supremo en 17 de Octubre del citado año el recurso de casación por infracción de ley que aquélla interpuso:

Resultando que después de practicadas varias diligencias se paralizó el curso de los autos en 16 de Marzo de 1870, hasta que en 25 de Junio de 1888 compareció el Procurador D. Manuel Mariño, en nombre y con poder bastante de Doña Teresa Fernández Casariego y de D. Fernando Pérez y Casariego, pidiendo que se le tuviera por parte en dichos autos, los cuales se devolvieron al inferior; y habiendo acreditado que D. José Pérez Casariego falleció en 7 de Enero de 1876, bajo testamento otorgado el mismo día, en que declaró tener establecida Sociedad por iguales partes con su hermano D. Fernando, debiendo dividirse por mitad los beneficios ó pérdidas, é instituyó heredera á su madre la Doña Teresa; pidió luego el citado Procurador Mariño, en 12 de Julio del mismo año 1888, que se requiriera á D. Germán Sainz para que manifestara si, como apoderado de los herederos de D. Joaquín Boix y Llobateras, tenía poder bastante para oir notificaciones en nombre de aquéllos, ó en otro caso, dijera dónde estaban domiciliados; y acordado así, manifestó Sainz que era apoderado general de dichos herederos, con facultades para oir notificaciones en su nombre, por lo que el repetido Procurador solicitó y se ordenó que se hiciera saber á aquél la existencia de los autos para que compareciera en nombre de sus representados á los efectos procedentes si estimaba convenir á su derecho, y acusada después la rebeldía á Sainz, por no haber comparecido, se mandaron entender con los estrados las diligencias sucesivas; teniéndose, en providencias de 5 y 10 de Septiembre del repetido año de 1888, por parte al Procurador Mariño, en nombre de Doña Teresa Fernández Casariego y D. Fernando Pérez y Casariego, acordándose la devolución de los autos al Juez decano para que, repartidos al que correspondiera, se ejecutara lo resuelto:

Resultando que repartidos al Juzgado de primera instancia del Este, compareció ante el mismo el Procurador Mariño, presentando la partida de defunción de D. Joaquín Boix y Llobateras, ocurrida en 3 de Marzo de 1886, y se unió también copia del testamento otorgado por el D. Joaquín, que instituyó herederos por iguales partes á sus hermanos D. Elzeario, Doña Dolores, Doña Rosa y Doña Ana Boix y Llobateras, y Doña Magdalena y D. Juan Boix y Audré; y posteriormente, el referido Procurador Mariño, pidió se requiriera al apoderado de estos herederos para que manifestara dónde estaban domiciliados, y al apoderado de la Duquesa de Sevillano para que dijera si aquéllos habían vendido á la Duquesa viuda del mismo título algunos bienes de la herencia de D. Joaquín Boix, y cuáles fueran; si la Duquesa se reservó parte del precio de ellos para satisfacer créditos contra la testamentaría de Boix, y cuál era la cantidad reservada, y para que, si tenía facultades para ello, retuviera ó hiciera retener, á disposición del Juzgado y á las resultas del juicio, dichas cantidades; acordado lo cual, D. Felipe María Sevillano expresó que la reserva de cantidad fué solamente para pago de créditos reconocidos en el Registro de la propiedad, y que fueron satisfechos y cancelados, y D. Germán Sainz contestó que Don Elzeario y Doña Magdalena vivían en esta corte, Doña Ana había fallecido, y de los demás ignoraba su domicilio:

Resultando que instruído de estas diligencias el Procurador Mariño solicitó que el primer requerimiento se entendiera con el apoderado gene-

ral de la Duquesa de Sevillano, que se requiriera personalmente á D. Elzeario y Doña Magdalena Boix para que manifestaran si estaban dispuestos á cumplir la ejecutoria; que requiriera asimismo á D. Germán Sainz para que exhibiera el poder de los herederos de D. Joaquín Boix, y si era bastante y estaba subsistente se le requiriese á aquel mismo efecto á nombre de Doña Dolores, Doña Rosa y D. Juan Boix, y también á D. Aurelio Ortiz de Lanzagorta, viudo de Doña Ana Boix, á fin de que manifestara quiénes eran los sucesores de ésta y si tenían capacidad legal, ó en otro caso, á sus representantes se les requiriera igualmente al mismo efecto; y acordada la práctica de tales diligencias no se pudieron efectuar respecto del apoderado general de la Duquesa de Sevillano y de D. Elzeario Boix por estar ausentes de esta corte, ni de D. Aurelio Ortiz de Lanzagorta por no hallarle en su domicilio, sin que aparezca la causa de que no se hiciera tampoco á D. Germán Sainz ni á Doña Magdalena Boix:

Resultando que en 20 de Agosto de 1888 se personó en forma en los autos el Procurador D. Ramón Suárez Inclán, en nombre de D. Germán Sainz, como apoderado de los herederos de Joaquín Boix, y tenido por parte en escrito de 6 de Septiembre siguiente, promovió incidente, solicitando la suspensión de las actuaciones, y que en su día se declarara la nulidad de todas las diligencias acordadas contra sus representados en concepto de herederos de D. Joaquín Boix en ejecución de una sentencia que no se había dictado contra aquéllos ni contra éste, sino contra una personalidad completamente distinta, cual era la de J. Boix y Compañía, declaración de nulidad que debía de afectar principalmente á la resolución de que se retuvieran cantidades á sus representados, cuando ellos nada debían á los reclamantes, ni tenían contra sí ninguna ejecutoria en favor de éstos; que si se creían asistidos de algún derecho deberían ejercitarlo en la forma correspondiente y aguardar á que se declarara á su favor, cosa que aun no había sucedido, y á que fuese firme para ejecutarla:

Resultando que Doña Teresa Fernández Casariego y D. Fernando Pérez y Casariego contestaron pidiendo se desestimara la pretensión de nulidad, con expresa condena de costas á los demandantes, y que se mandara continuar el procedimiento de apremio contra los herederos de Don Joaquín Boix y Llobateras hasta que se les hiciera completo pago del capital, intereses y costas á que por la sentencia de cuya ejecución se trataba fué condenada la Sociedad mercantil de que el D. Joaquín era gerente, alegando al efecto: que los socios gestores ó gerentes de las Compañías en comandita y todos los socios gerentes ó no de las colectivas, responden de las operaciones que hacen á nombre y por cuenta de la Sociedad, no sólo con los fondos que en ellas pusieron ó se obligaron á poner, sino con sus propios bienes, porque se obligan personal y solidariamente en todos los contratos que la Sociedad celebra, como expresamente se dispone en los artículos 267 y 270 del Código de Comercio de 1829, y en los 127 y 148 del vigente, siendo un principio de derecho tener las sentencias sólo fuerza entre los litigantes; pero esta regla fundamental admite la excepción de la solidaridad de las obligaciones, en armonía con la ley 20, título 22, Partida 3.ª; y que es axioma jurídico suceder los herederos á sus causantes en todos los derechos y en todas las obligaciones, con arreglo á cuyo axioma y á la ley 19 de los citados títulos y Partida en su precepto sobre el particular, repetido en numerosos fallos de este Tribunal Supremo, era indiscutible el derecho de aquella parte para pedir que la sentencia expresada se cumpliera en todos sus extremos por los herederos de D. Joaquín Boix, pues aun cuando también, según precepto legal, ha de procederse contra los bienes de la Sociedad antes que contra los de la propiedad de D. Joaquín y de sus herederos, para ello precisaban probaran éstos no sólo que los bienes dejados por aquél no se incluyeron en el haber de

la Sociedad de que formó parte, sino existir en la actualidad en esta corte legalmente constituída la razón social J. Boix y Compañía, que contrató con Pérez Casariego Hermanos y de que fué Director gerente, debiendo, mientras tal prueba no se hiciese, justificado como se hallaba el fallecimiento del D. Joaquín Boix, considerarse, conforme á los art. 329, caso 3.º del Código de Comercio de 1829, y 222, caso 1.º del vigente, que la Sociedad quedó disuelta por la muerte de uno de sus socios, á no ser que en la escritura se hubiera pactado lo contrario, y si la Sociedad no existía no podía existir haber social afecto, en primer término, al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ó en nombre de ella, y era llegado el caso de repetir directamente contra los bienes particulares de todos ó de cada uno de sus socios:

Resultando que continuada la sustanciación en dos instancias, recibiéndose los autos á prueba ambas, en la segunda, á petición de Doña Teresa Fernández Casariego y D. Fernando Pérez Casariego, se trajo certificación del Administrador de Contribuciones y rentas de esta provincia, acreditativa de que la Sociedad J. Boix y Compañía figuraba en el libro de la contribución industrial de 1866 á 1867, y se dió de baja en 1.º de Agosto de 1866 por cesar en sus operaciones; y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 29 de Mayo del año próximo pasado sentencia revocatoria, declarando no haber lugar á la nulidad de las diligencias acordadas en los autos contra los herederos de D. Joaquín Boix y Llobateras, pretendida por D. Germán Sainz y Alfonsín, como apoderado de dichos herederos, sin hacer expresa condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Félix Boix y Merino, como apoderado de Doña Dolores, Doña Rosa y D. Elzeario Boix y Llobateras, ha interpuesto recurso de casación, citando como infringidas:

1.ª La ley 20, tít. 22, Partida 3.ª, según la cual el juicio dado contra determinada persona no puede perjudicar á otra, toda vez que habiéndose condenado al pago á la Sociedad Joaquín Boix y Compañía, las diligencias para cumplir lo dispuesto en ese fallo sólo podían válidamente dirigirse contra dicha Sociedad, ó contra los que previamente se hubiesen depurado que fuesen responsables del cumplimiento de sus obligaciones, puesto que las sentencias no tienen fuerza de obligar sino contra aquellos que en ellas fuesen condenados á dar, hacer ó no hacer alguna cosa, en cuya doctrina se inspiran cuantas prescripciones contiene el tít. 8.º, libro 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil:

2.ª La ley 19, tít. 22, Partida 3.ª, porque debió tenerse presente que sólo hubiera sido legítimo y válido dirigir contra los herederos de D. Joaquín Boix y Llobateras el procedimiento para ejecutar la tan nombrada sentencia, en el caso de que en ésta se hubiera condenado al pago al Don Joaquín Boix, pero de ningún modo habiéndolo sido una Sociedad que por serlo constituye persona jurídica completamente distinta de aquél:

3.ª Lo establecido en los artículos 35, 36, 37 y 38 del Código civil, en cuanto que la Sala sentenciadora no tuvo en cuenta que las Sociedades son personas jurídicas independientes, capaces de adquirir derechos y de contraer obligaciones, de cuyo cumplimiento son directamente responsables, y que, en su consecuencia, siendo una Sociedad la condenada al pago, contra ella exclusivamente debió dirigirse el procedimiento y no contra otras personas, como se verificó, pues si la Sala sentenciadora hubiese tenido en cuenta y aplicado lo establecido en los citados artículos del Código civil, habría reconocido sin duda lo irregular y arbitrario de las diligencias judiciales, cuya nulidad se pretendía, y la hubiera seguramente acordado;

Y 4.ª La doctrina legal constantemente aplicada, de que las diligencias judiciales que se practican arbitraria y caprichosamente en desacuerdo ú

oposición con los preceptos de la ley Procesal, entrañan vicio de nulidad y no pueden mantenerse como válidas y subsistentes, doctrina legal que ha inspirado los artículos 249, 256 y 279 de la ley de Trámites, en todos los cuales se establece la nulidad de las actuaciones judiciales practicadas defectuosamente ó en oposición á los preceptos legales.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que aparte el requerimiento mandado hacer al apoderado de la Duquesa de Sevillano, que no dió resultado alguno, las únicas diligencias ordenadas en los autos sobre cumplimiento de la sentencia dictada contra J. Boix y Compañía, han sido dirigidas á requerir á los hijos y herederos de D. Joaquín Boix para que manifestasen si estaban dispuestos á cumplir la ejecutoria:

Considerando que con este requerimiento de simple exploración no se coarta en modo alguno la libertad de acción de dichos herederos ni se prejuzgan sus derechos, puesto que nada se resuelve, y no resolviéndose cosa alguna, antes bien declarándose que el fallo no implica que posteriormente no se planteen y resuelvan las cuestiones de fondo que el recurrente invocaba en su escrito, es evidente que la sentencia recurrida no infringe las leyes que se citan en los cuatro motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Félix Boix y Merino, como apoderado de Doña Dolores, Doña Rosa y D. Elzeario Boix y Llobateras, condenamos en las costas á dicha parte recurrente; y líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento remitido. —(Sentencia publicada el 25 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

129

Recurso de casación (25 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Agustín García en autos con Doña Teresa Sánchez (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que con arreglo á lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso, si para fundarlo se parte de los hechos que la Sala sentenciadora no ha estimado ciertos, de manera que, aunque se aleguen infracciones de ley comprendidas en el núm. 1.º del artículo 1692 de la de Enjuiciamiento civil, lo que en realidad se hace única y exclusivamente es combatir las apreciaciones que respecto á la prueba se consignan en el fallo recurrido, si al obrar así el recurrente no llena los requisitos exigidos en el núm. 7.º de dicho artículo, por no indicar por lo que se refiere á error de derecho que pudiera haberse cometido, precepto alguno legal, ni por lo que hace al de hecho documentos ni actos auténticos que lo demuestren.

Resultando que Doña Teresa Sánchez Gómez dedujo demanda civil ordinaria en el Juzgado de primera instancia de Almazán contra D. Agustín García Muñoz, quien á su vez promovió incidente de defensa por pobre, que sustanciado con arreglo á derecho, fué desestimado por sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos en 31 de Diciembre próximo pasado:

Resultando que D. Agustín García Muñoz interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, fundado en los siguientes motivos:

1.º En que la sentencia infringe los preceptos consignados en los artículos 13, 15 y 17 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que se ha demostrado que el recurrente carece de bienes de fortuna y vive muy modestamente, sin que la parte contraria haya probado que esta modestia presupone la existencia de una renta superior al doble jornal de un bracero:

2.º En haberse faltado igualmente á los preceptos del art. 17, que dicta reglas á que ha de sujetarse el juzgador para el caso de que, careciendo de bienes de fortuna, se vive con esplendidez que demuestra una ocultación, por cuanto es necesario que el género de vida sea ostentoso y que resulte completamente la contradicción ante la falta de medios, como pagando un alquiler que justifique su buen estado de fortuna ó deduciéndose su posición holgada del número de criados que tenga á su servicio, y el recurrente ni paga alquiler alguno ni tiene más criados que una pobre muchacha para los oficios más serviles de la casa:

Y 3.º Porque en el expresado concepto se ha cometido error de hecho y derecho al apreciar la prueba, toda vez que ha servido de fundamento á la sentencia el que el recurrente tenía dinero metálico en 31 de Diciembre de 1883, así como propiedad inmueble cuando en el momento de practicar la prueba de estos autos se ha demostrado que había perdido unos y otros y carecía de sueldo y de fortuna:

Resultando que el Ministerio fiscal se opuso á la admisión del recurso, y en su virtud se mandó traer á la vista con las citaciones correspondientes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que para fundar el presente recurso se parte de los hechos que la Sala sentenciadora no ha estimado ciertos, de manera que, aunque se alegan infracciones de ley comprendidas en el núm. 1.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, lo que en realidad se hace única y exclusivamente es combatir las apreciaciones que con respecto á la prueba se consignan en el fallo recurrido:

Considerando que al obrar así la parte recurrente no llena los requisitos exigidos en el núm. 7.º del artículo que se acaba de citar, puesto que no indica por lo que se refiere á error de derecho que pudiera haberse cometido, precepto alguno legalizado, ni por lo que hace al de hecho, documentos ni actos auténticos que lo demostraran, todo lo cual hace imposible la admisión del recurso, con arreglo á lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1729 de la repetida ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Agustín García Muñoz, á quien condenamos en las costas; líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación oportuna, con devolución del apuntamiento remitido; y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.—(Auto fecha 25 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

130

RECURSO DE CASACIÓN (27 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Servidumbre de luces.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Muntaldo en pleito con D. Ramón Chao y otro (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que la sentencia que desestima una demanda sobre negación de servidumbre de bienes, no infringe los artículos 13 y 27 de la ley Hipotecaria, no pudiendo el comprador del predio sirviente alegar error fundado en que en la escritura de compra no se hiciese mérito de estar aquél afecto á servidumbre

alguna, si se trata de un gravamen ostensible y manifiesto que constituía el estado de la finca cuando ésta, que era un solo predio pasó á formar dos, y si el mismo demandante que no tiene el carácter legal de tercero, había aceptado y realizado la compra del predio sirviente en el estado en que se encontraba:

Que tampoco infringe la sentencia las leyes 14 y 17, título 31; 114 y 119, título 18, Partida 3.ª, si la existencia de las servidumbres de que se trata nace de la construcción de la primitiva finca, en la que el dueño de ella, en uso de su derecho las estableció, y cuando tuvo por bien dividir en dos aquélla, fué su voluntad que quedaran las cosas como estaban, creando así dichas servidumbres, que á mayor abundamiento reconoció en documento privado el causante del comprador:

Que el estar anotada en el Registro de la propiedad la servidumbre en la inscripción del predio dominante, hace legalmente imposible que se prive á los recurridos de un derecho que tienen inscrito.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma, por D. José Montaldo Reges, Magistrado jubilado, vecino de Madrid, representado por el Procurador D. José María Aguirre y defendido por el Letrado D. Elíseo Gándara, con D. Ramón y D. José Chao Méndez, industriales, también de esta vecindad, y Doña Antonia Méndez y Salgueiro, labradora, vecina de Santa María de Galdó, como heredera de su finado hijo Don Pedro Chao Méndez, y en nombre de todos el Procurador D. José María Abad, bajo la dirección del Letrado D. Santiago Alió, sobre servidumbre de luces:

Resultando que Doña Isabel de Toroya y León, viuda de Cutanda, y su hijo D. Vicente Cutanda y Toroya, vendieron por escritura de 15 de Mayo de 1878 á D. Onofre de Andrés y Bello, casado con Doña Salvadora Llopis y Ruíz, en precio de 35.000 pesetas, una huerta denominada de Bellas Vistas, sita en la carretera de Andalucía, señalada con el núm. 11 duplicado, con casa para el hortelano, otra para guarda y una grande estufa; lindando por Norte con el lavadero que después se diría; Sur con la carretera de Andalucía; Este con tierras de Doña Donata Espinosa, y al Oeste con propiedad de D. Sabas, y un lavadero y casa para el mismo, que lindaba al Sur con la huerta y con otros linderos que no son del caso:

Resultando que á ruego de D. Onofre Andrés y Bello se extendió un documento privado en 22 de Julio de 1878, consignando: que habiendo comprado la posesión denominada Bellas Vistas ó parador del Sol por la escritura referida, y habiendo los antiguos dueños edificado una casa en el ángulo que daba á la carretera de Andalucía en el año 1867, estando ya en el estado que á la sazón tenía, se confesaba sin derecho á reclamar nada del terreno de dicha casa y corral, por no haber entrado en la compra, ni tampoco en la forma y tamaño que tenían las ventanas, las que existían desde la construcción de dicha casa, pero tampoco se podían abrir nuevas puertas ni ventanas que diesen á la medianería del Vicente; obligándose por su parte á no acercar los riegos de la huerta y jardín sino á la distancia de un metro de las paredes de dicha casa, pues de otro modo le causaría grandes perjuicios:

Resultando que ocurrido en 16 de Marzo de 1879 el fallecimiento de Doña Salvadora Llopis y Ruíz, en la partición que se ejecutó de sus bienes se adjudicó al viudo D. Onofre Andrés y Bello la huerta antes mencionada y cinco treceavos del lavadero; habiéndose inscrito la adjudicación en el Registro de la propiedad en 4 de Junio de 1880:

Resultando que D. Onofre Andrés y Bello vendió la referida huerta y parte del lavadero, por escritura de 22 de Diciembre de 1879, á D. Joaquín Menéndez y Ramón con pacto de retro por término de cuatro años, siendo inscrito el documento en el Registro de la propiedad en 12 de Junio de 1880, y D. Onofre Andrés y Bello retrajo las dos referidas fincas de Don Joaquín Menéndez Ramón, entregándole el precio en que las había adquirido, con parte de un préstamo que le había hecho D. Angel García por escritura de 10 de Febrero de 1881, en la que se estipularon los intereses del 8 por 100 anual, se fijó en 4 años el plazo del préstamo y se hipotecó en garantía del mismo la huerta y parte del lavadero en cuestión:

Resultando que encargado por Doña Isabel Toroya al Arquitecto Don Federico Yucenga que reconociese y describiese la casa de su propiedad que de nueva planta se había construído bajo su dirección en el año 1867 en la carretera de Andalucía, núm. 11, con el fin de inscribirla en el Registro de la propiedad, expidió dicho Arquitecto certificación en 5 de Octubre de 1881, consignando que dicha casa enclavada en parte del terreno de la huerta titulada posesión de Bellas Vistas ó parador del Sol, lindaba al Norte por su medianería izquierda con la casa núm. 9, de la misma carretera de Andalucía, propia de D. Sabas; al Sur por su medianería derecha, con terreno de la citada huerta ó posesión de Bella Vista, propia de Don Onofre Andrés y Bello; al Este por su medianería de testero, con terreno de la misma huerta, y por el Oeste con la carretera de Andalucía; constando el edificio de planta baja, principal, segundo y armaduras; debiendo advertir que en la medianería del testero y habitación de planta baja, existían seis ventanas antepechadas con rejas y con derecho á subsistir, constituyendo servidumbre, según expresaba el documento privado que con fecha 22 de Julio de 1878 firmó el dueño de la huerta D. Onofre Andrés y Bello, con motivo de la compra de la misma, y le había sido exhibido por la dueña de la finca que deslindaba, pero era también por entonces de la huerta; haciendo á la vez constar que las paredes ó cercas del corral pertenecían lo mismo que el terreno que ocupaban en toda su extensión á la casa de que se ocupaba, por haber sido construídas con esta idea y no hacerse mención alguna de ellas en la escritura de compra de la huerta; habiéndose inscrito este documento en el Registro de la propiedad en 15 de Noviembre de 1881:

Resultando que por escritura de 30 de dicho mes de Noviembre de 1881, Doña Isabel de Toroya y León, y su hijo D. Vicente Cutanda y Toroya, vendieron á D. Ramón, D. Pedro y D. José María Chao y Méndez, en precio de 20.500 pesetas la casa de su propiedad, sita en la carretera de Andalucía, núm. 11, consignando que en la medianería del testero y habitación de planta baja existían seis ventanas antepechadas con rejas y con derecho á subsistir, constituyendo servidumbre de luces sobre la propiedad de D. Onofre Andrés y Bello, como predio sirviente, según documento de carácter privado que con fecha 22 de Julio de 1878 firmaron Doña Isabel de Toroya, su hijo D. Vicente y el mismo D. Onofre, con cuya servidumbre de luces verificaban la venta, obligándose á la evicción y saneamiento; siendo inscrito este documento en el Registro de la propiedad en 12 de Diciembre siguiente:

Resultando que por no haber satisfecho D. Onofre Andrés Bello á Don Angel García la suma que de éste recibió en préstamo por escritura de 10 de Febrero de 1881, se procedió ejecutivamente contra el deudor despachándose ejecución por la cantidad de 22.500 pesetas, y dictada á su tiempo sentencia de remate, se procedió á la tasación y venta de la huerta y lavadero que fueron rematados por D. Diego Lozano Caparrós en las dos terceras partes de su tasación á calidad de ceder á D. José Montaldo y Reges, y aprobada la adjudicación y practicada la liquidación de cargas, de la que

resultó que no tenían sobre sí censo ni otra carga perpetua, tuvo lugar la cesión á favor de Montaldo, otorgándose la escritura de venta en 23 de Noviembre de 1885, haciéndose constar que, según certificación del Registrador de la propiedad, no pesaban sobre las fincas vendidas más cargas que la hipoteca constituída á favor de D. Angel García, otra á favor de D. Joaquín Menéndez y el embargo practicado en los autos ejecutivos, todo lo lo cual quedaría cancelado por virtud de aquella escritura, la cual fué inscrita en el Registro de la propiedad en 18 de Diciembre de 1885:

Resultando que en 10 de Marzo de 1888 dedujo D. José Montaldo y Reges la demanda objeto de este pleito, en la que, haciendo mérito de los antecedentes que quedan referidos, expuso: que Doña Isabel Toroya y su hijo, al verificar la enajenación que realizaron de la huerta y lavadero en 1878, se reservaron la casa núm. 11, del lado del Sur que con la huerta había formado una sola heredad, debiendo advertirse que al construir dicho edificio en la medianería del tercero se abrieron seis ventanas antepechadas en el piso bajo que miraban á la huerta y un albañal en el mismo lado, sin que tuviera que vencerse ninguna dificultad por pertenecer entonces las dos fincas á un solo dueño; que vendida también la casa en 1881 á los que actualmente la poseían, D. Ramón, D. Pedro y D. José María Chao Méndez, sin dar conocimiento al dueño del terreno inmediato, debía suponerse que la transmisión se hiciera en los términos ordinarios y sin establecer servidumbres que no existían y que hoy se estaban utilizando; y que deseoso el demandante de poner término á un abuso que no podía continuar, lo había intentado varias veces por medios amistosos que no habían producido efecto; que en ninguno de los casos en que con arreglo á las leyes se constituyen las servidumbres, se hallaba el presente, puesto que habría de haberlo sido por un convenio privado, cuyos efectos no podían alcanzar al que ninguna participación tuvo en él, y á quien la ley ponía á cubierto, impugnándole por no hallarse ratificado ni inscrito en el Registro de la propiedad; que los efectos de las convenciones se limitaban á las personas que en ellas habían intervenido, y como en la que servía de fundamento á la parte adversa para negarse á las pretensiones de Montaldo no había tenido éste participación alguna, ni al serle transmitida la huerta hizo el vendedor manifestación de hallarse limitado el dominio por pactos anteriores, era evidente que si éstos existían en nada afectaban al demandante, ni por consecuencia al inmueble que libremente le fué transmitido, suplicando por todo ello que se condenase á D. Ramón, D. Pedro y D. José María Chao y Méndez á tapar las ventanas y el albañal que entonces existían en la pared Norte de la casa de su pertenencia, situada en la carretera de Andalucía, señalada con el núm. 11, declarando que la huerta de Bellas Vistas, con la que aquélla lindaba por la parte del Sur, se hallaba libre de toda servidumbre, y especialmente de la de luces y agual que actualmente venía sufriendo, con expresa imposición de costas á los demandados:

Resultando que contestando á la demanda D. Ramón y D. Pedro Chao, alegaron: que D. Onofre Andrés, dueño de la posesión de Bellas Vistas, en virtud del contrato privado de 22 de Julio de 1878, reconoció la servidumbre puesta sobre su finca, como predio sirviente á favor de la casa núm. 11, como predio dominante, exigiendo al mismo tiempo, para demostrar que la confesión la hacía como dueño de la posesión de Bellas Vistas, que no podrían abrirse más ventanas y puertas que las existentes en su medianería; que D. Onofre de Andrés transmitió la posesión mencionada en el mismo ser y estado respecto al gravamen en cuestión á D. José Montaldo y Reges, sin que en el tiempo que la poseyó pusiera obstáculo alguno al goce y usufructo de las servidumbres establecidas, observando por el contrario cuanto en el convenio particular había reconocido; que

Doña Isabel Toroya y su hijo inscribieron á su favor en Octubre de 1881 en el Registro de la propiedad la casa que habían construido en el año de 1867, y por medio de un certificado del Arquitecto en que se hacía mención expresa de la servidumbre de luces que tenía á su favor sobre la huerta de Bellas Vistas; que como esta finca que se trataba de inscribir por primera vez, constituía una desmembración de la posesión de Bellas Vistas, hubo de hacerse constar en el Registro por medio de nota marginal puesta en la inscripción de la finca de que se segregaba, indicando la nueva finca que venía á constituir con la determinación del tomo y folio de los libros del Registro en que se extendió la nueva inscripción: que al adquirir el demandante la posesión de Bellas Vistas, no podía alegar ignorancia de la existencia de una servidumbre que gravaba dicha finca, porque en el mismo Registro aparecía claramente: primero, por la nota marginal que su finca indicaba que se había segregado parte de terreno, constituyendo una nueva finca, y en esta aparecía con toda claridad la servidumbre objeto de este pleito, y por consiguiente Montaldo no adquirió libre de cargas la posesión de Bellas Vistas, porque siendo el Registro de la propiedad público, á sus libros había de consultar el que no quisiera sufrir perjuicio alguno: que la transmisión de 1881 se hizo expresando claramente las servidumbres, no teniendo necesidad de dar conocimiento los vendedores á D. Onofre porque éste la tenía reconocida, no solo por documento inscrito sino por sus hechos posteriores; y que el demandante había reconocido como cierto y legal el convenio de 22 de Julio de 1878 desde el momento en que le había considerado eficaz en cuanto se refería á la declaración de que el corral y sus cercas no entraron en la compra que hizo D. Onofre á Doña Isabel y su hijo, terminando por todo ello con la pretensión de que se les absolviera de la demanda, obligando al demandante á conservar el metro de distancia á la pared de la casa de los demandados, sin acercar los riegos, sobre lo cual deducían la oportuna reconvención:

Resultando que estimada la citación de evicción que se solicitó á Doña Isabel Toroya y D. Vicente Cutanda, que solo se llevó á efecto con el segundo, por sí y como heredero de su madre, ya difunta, y acusada la rebeldía al demandado D. José María Chao, suministrada prueba por las partes, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera lo civil de de la Audiencia de esta corte dictó en 8 de Mayo de 1890 sentencia revocatoria, absolviendo á D. Ramón y D. José Chao y Méndez y Doña Antonia Méndez y Salgueiro, como heredera de su hijo D. Pedro Chao Méndez, de la demanda deducida por D. José Montaldo y Reges, absolviendo á éste á su vez de la reconvención formulada por aquéllos, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. José Montaldo y Reges ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 23 de la ley Hipotecaria, que dispone que los títulos no inscritos son ineficaces contra tercero, en relación con el núm. 2.º del art. 2.º de la misma ley, según el cual están sujetos á inscripción los títulos por los que se constituyen, extinguen ó modifican las servidumbres, y juntamente con el art. 13 de dicha ley Hipotecaria, que manda que la inscripción de las servidumbres se haga constar en la inscripción del predio dominante y en la del sirviente, toda vez que se absolvía á los demandados, desconociendo el derecho del demandante como tercero á rechazar más servidumbres,no inscritas sobre la finca que le pertenecía:

Y 2.º La doctrina legal sancionada, entre otras sentencias de este Supremo Tribunal, en las de 9 de Enero de 1873, 10 de Enero de 1878 y 13 de Diciembre de 1865, de que el demandado, por ser el que afirma, está obligado á probar la existencia de las servidumbres cuando se entabla la acción

negatoria; la ley 14, tít. 31 de la Partida 3.ª, que determina que las servidumbres sólo se constituyen por contrato, por testamento ó por prescripción; la ley 17 del mismo título y Partida, según la cual, cuando dos fincas se separan, no renacen las antiguas servidumbres, si expresamente no se establecen de nuevo; el art. 13 de la ley Hipotecaria, que exige la suscripción de las servidumbres sobre el predio sirviente; la jurisprudencia establecida, entre otras sentencias, por las de 22 de Diciembre de 1870 y 10 de Abril de 1875, según las cuales, las servidumbres sólo se pueden considerar como eficaces cuando constan particularmente establecidas por alguno de los medios que reconocen las leyes; y las leyes 114 y 119, tít. 18 de la Partida 3.ª, que determinan el valor de los documentos públicos y privados y establecen que los privados sólo hacen fe contra quienes los suscriben; disposiciones que contradice la sentencia, estimando que el signo aparente de las servidumbres consignadas en el documento privado de 1878, basta para justificarlas en perjuicio de tercero.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia no infringe los artículos 13 y 27 de la ley Hipotecaria que se citan en el primer motivo, porque el recurrente D. José Montaldo no puede alegar error fundado en que en la escritura de compra no se hiciera mérito de estar la huerta afecta á servidumbre alguna, tratándose como se trata de un gravamen ostensible y manifiesto, que constituía el estado de la finca, creado cuando la huerta y la casa, que eran un solo predio, pasaron á formar dos, y porque no tiene el concepto legal de tercero, habiendo aceptado y realizado la compra de la huerta en el estado en que se encontraba:

Considerando en orden al segundo motivo, que tampoco infringe la sentencia la doctrina y leyes de Partida que se citan; porque la existencia de las servidumbres de que se trata nace de la construcción de la casa en la que el dueño de ella y de la huerta, en uso de su derecho, abrió las ventanas antepechadas y construyó el albañal, y cuando tuvo por bien dividir en dos esta finca, fué su voluntad que quedaran las cosas como estaban, creando así dichas servidumbres, que á mayor abundamiento reconoció D. Onofre Andrés, de quien trae causa el recurrente, en un documento privado que debía conocer D. José Montaldo, por cuanto en él se consignaba que el corral y sus cercas no entraron en la compra de la huerta que D. Onofre Andrés hizo á Doña Isabel Toroya y á su hijo D. Vicente Cutanda:

Y considerando, por último, que el estar anotada en el Registro de la propiedad la servidumbre en la inscripción del predio dominante, hace legalmente imposible que se prive á los recurridos de un derecho que tienen inscrito;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Montaldo y Reges, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Junio del mismo año.)

131

RECURSO DE CASACIÓN (27 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Mejor derecho á la mitad reservable de un vínculo.*—No ha lugar al interpuesto por D. Alfonso de Ugarte, en pleito con D. Eliano de Ugarte (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que no se infringe la ley de la fundación y con ella la regla de mayorazgos

que establece que la voluntad del fundador es la ley que rije en aquéllos, y el principio de que en caso de duda en el mayorazgo deben seguirse las reglas del regular é interpretarse las fundaciones del modo menos irregular, si la sentencia se ajusta rigurosamente á la fundación, en la cual se instituyó un mayorazgo completamente electivo, ordenando por regla general el fundador en los llamamientos de las diversas líneas, que el poseedor del vínculo tuviera libertad absoluta para nombrar sucesor al hijo ó descendiente que mejor le pareciese, revocar este nombramiento y hacer otro cuantas veces estimase conveniente, excepto si se hubiese verificado por contrato oneroso de matrimonio, ó con otro tercero, entendiéndose que, de haber varones, el mayorazgo quedaría entre ellos y no en hembras, pero sin atenerse á mayoría de edad en uno ni en otro caso, antes por el contrario, pudiendo preferirse el menor al mayor, y no estando limitada la facultad de elección como podría estarlo en alguna de las demás líneas llamadas, por el hecho de que el hijo ó hija mayor poseyese otro vínculo de más renta:

Que si el fundador autorizó al poseedor para alterar y revocar el nombramiento de sucesor que hubiere hecho y nombrar á otro primera, segunda y mas veces á su fallecimiento, excepto cuando fuera por contrato oneroso de matrimonio ó con otro tercero, en cuyo caso había de quedar irrevocable el nombramiento hecho, no es contrato oneroso el en que pactaron el poseedor y su hijo primogénito, para hacer irrevocable el nombramiento hecho en favor de éste, que el mismo satisfaría una pensión al hijo de su hermano, si aun en la hipotesis de que fuera permitido al poseedor imponer algún gravamen sobre la mitad reservada por la ley al inmediato sucesor, no se cumplió la mencionada condición:

Que tampoco es oneroso el contrato celebrado por el poseedor, su mujer y sus dos hijos, y en cuya virtud no se contrajo por los otorgantes ni por tercera persona obligación alguna especial acerca de la sucesión en la mitad reservable del vínculo, ni se nombró sucesor, consignándose únicamente que se respetaba el nombramiento hecho con anterioridad por el padre á favor de su hijo mayor, á cuya elección se atribuyó un carácter de irrevocabilidad que no tenía:

Que la sentencia que deniega la nulidad del nuevo nombramiento hecho por él en el segundo de sus hijos, no infringe el principio de que cada uno puede renunciar los derechos introducidos á su favor, puesto que por tratarse de una facultad como la de nombrar sucesor, una, dos ó más veces, que se refería al orden de sucesión establecido en la fundación, y que se había concedido, no á un poseedor determinado, sino á todos los del mayorazgo, careció de valor la renuncia hecha por el poseedor con objeto de convertir en irrevocable la primera elección en contra de la voluntad y designios del fundador, el cual quiso que solamente lo fuese la que se hubiera verificado por contrato oneroso de matrimonio ó con otro tercero:

Que tampoco infringe la sentencia el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, si cuando el poseedor últimamente nombrado y demandado en el pleito reconoció á su hermano el demandante por sucesor inmediato, tenía éste tal carácter, que no perdió, hasta que con posterioridad hizo válidamente su padre otra elección.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por D. Alfonso de Ugarte y Uhagón, propietario, vecino de Bilbao, con su hermano D. Eliano, propietario, vecino de Deusto, sobre mejor derecho á la mitad reservable de un vínculo; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación por el Letrado D. Ramón de Vinader y el Procurador D. José María Cordán, ha-

biéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Felipe Lazcano y el Procurador D. Antonio Fernández Campos:

Resultando que con motivo de matrimonio concertado por D. Martín Tomás de Epalza y Olarte, hijo de D. Juan Epalza y Doña Clara Agustina de Olarte, con Doña María Teresa Salazar y Butrón, hija de D. Manuel Salazar y Doña María Antonina Butrón, se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales en 13 de Febrero de 1737, en la que entre otras varias disposiciones otorgó el D. Juan Epalza, que en contemplación al indicado matrimonio, y para que asimismo pudiera entrar y llevar á él su citado hijo D. Martín Tomás, junto con los 15.000 pesos que tenía de legítima materna, y que fueran de su capital y de los hijos y descendientes que Dios le diere con dicha Doña María Teresa de Salazar, su futura esposa, y demás efectos que hubiera lugar por fuero y derecho, mandaba y donaba al dicho su hijo con el gravamen de vínculo y mayorazgo regular y electivo perpetuo, que adelante se contendría los bienes raíces que tenía y eran notorios en el Valle de Orozco, y además le mejoraba en el tercio y remanente del quinto de todos los demás bienes, derechos y acciones que dejase al tiempo de su fallecimiento; declarando después que desde aquel día en adelante se instituía para siempre jamás el referido vínculo y mayorazgo perpetuo regular electivo de todos los dichos bienes raíces del Valle de Orozco que dejaba donados á su hijo, y de la expresada mejora de tercio y quinto que le dejaba también hecha, leyéndose á continuación; y por primer poseedor de dicho vínculo y mayorazgo perpetuo electivo, elige y nombra el referido D. Juan de Epalza, al dicho Don Martín Tomás de Epalza Olarte, su hijo, y después de su fallecimiento á sus hijos y descendientes legítimos, con la facultad de que pueda elegir y nombrar entre ellos á quien bien visto le fuera por su sucesor por la vía y manera que mejor le parezca, y alterar y revocar el nombramiento que hubiere hecho, y nombrar á otro primero, segunda y más veces hasta su fallecimiento, excepto cuando sea por contrato oneroso de matrimonio ó con otro tercero, que entonces ha de quedar irrevocable el nombramiento hecho, entendiéndose que habiendo varones ha de quedar entre ellos y no en hembras, y que entre éstas también ha de poder hacerse la misma elección, sin atenerse á mayoría de varones ni hembras; y esta facultad de nombrar sucesor ha de ser y sea perpetua y real en favor de todos los poseedores, y que puedan usar de ella entre sus hijos y descendientes legítimos varones, aunque sea prefiriendo el menor, y en falta de varones, de la misma forma entre hembras; y después de este primer llamamiento hizo otros hasta el número de doce, en cabeza primero de sus hijos Don Pedro Matías y Doña María Josefa, y después en favor de sobrinos y otros parientes, con la misma facultad de elegir cada poseedor entre los varones, y no habiéndolos, entre las hembras, conforme dejaba establecido en el primer llamamiento, diciendo, por último, en el quinto y repitiéndolo en alguno de los siguientes: que en falta de los anteriores llamaba y nombraba para la sucesión á Doña María de Gorri y Epalza, su sobrina, y á sus hijos y descendientes legítimos, con la misma facultad de elegir cada poseedor de esta línea en su tiempo entre sus hijos varones, y á falta de ellos, entre las hembras al que quisiere; si hubiere otro mayorazgo de mayor renta que le venga y pertenezca, al hijo mayor ó á la hija también mayor, si no hubiere varón:

Resultando que D. Francisco Javier de Ugarte y Epalza, nieto de Don Martín Tomás de Epalza, otorgó testamento en 25 de Junio de 1868, en el que después de hacer diferentes declaraciones, entre ellas, la de que estaba casado con Doña María de los Dolores Uhagón, de cuyo matrimonio tenía tres hijos llamados D. Alfonso, D. Eliano y Doña María del Amparo, casados los dos últimos y soltero el primero; que gozaba íntegro como ac-

tual poseedor el vínculo de Epalza; y que tenía el derecho de instituir y nombrar como vínculo efectivo que era el citado de Epalza, inmediato sucesor de la mitad que aun se entendía que continuaba vinculada, dispuso en la cláusula 9.ª que por tal inmediato sucesor para después desus días instituía y nombraba á su hijo primogénito D. Alfonso de Ugartey Uhagón:

Resultando que en escritura pública de 28 de Octubre de 1872 declaró D. Eliano Ugarte, hijo segundo del citado poseedor del vínculo de Epalza, que aprobaba desde entonces para siempre la partición de los bienes ó rentas que verificase su padre de los vínculos que disfrutaba en dos partes, una para su hermano mayor D. Alfonso y otra para él, después de separar la dote de su madre, y con la reserva de 8 reales diarios á favor y para la educación de su hijo D. Francisco Javier de Ugarte y Schultz, sin que en ningún tiempo pudiera reclamar contra la expresada partición; y por otra escritura otorgada en 25 de Noviembre del mismo año por D. Francisco Javier de Ugarte y Epalza y su hijo mayor D. Alfonso, se hizo constar que el primero, como poseedor del vínculo electivo de Epalza, tenía elegido en disposición testamentaria, por inmediato sucesor en la mitad reservable á su hijo el otorgante D. Alfonso; y que siendo su nombramiento variable, deseaba hacerlo irrevocable, en lo que estaban conformes padre é hijo, y en su consecuencia lo realizaba bajo las cláusulas siguientes: primera, que D. Francisco Javier desde luego, en la vía y forma más procedente en derecho, elegía y nombraba para después de sus días por su sucesor en la mitad aun no desvinculada del citado mayorazgo electivo á su hijo legítimo primogénito el otorgante D. Alfonso; segunda, que el mismo Don Francisco Javier se obligaba á no cambiar la elección y nombramiento de inmediato sucesor contenida en la precedente cláusula por ser firme, eficaz é irrevocable para después de sus días, siendo nula, de ningún valor ni efecto cualquiera otra que antes de ésta hubiese hecho ó hiciese en adelante; y tercera, que D. Alfonso, dando las justas y debidas gracias á su buen padre, aceptaba la elección y nombramiento que se dejaban hechos á su favor:

Resultando que entre los mismos padre é hijo, de edad el primero de setenta y un años, se otorgó otra escritura en 7 de Enero de 1873; en la que después de consignar las mismas declaraciones hechas en la anterior, y de recordar que en la fundación de Epalza se autorizaba al poseedor para alterar y revocar el nombramiento de sucesor que hubiese hecho, y nombrar á otro primera, segunda y más veces á su fallecimiento, excepto cuando fuera por contrato oneroso de matrimonio, ó con otro tercero, en cuyo caso había de quedar irrevocable el nombramiento hecho, se otorgó que deseando efectuar el indicado nombramiento de una manera irrevocable, habían convenido y estaban conformes los comparecientes, en uso de la facultad que al D. Francisco Javier se le concedía en la cláusula explicada, en formalizar al mismo tiempo el correspondiente contrato oneroso, á fin de que el nombıamiento fuera irrevocable, para lo cual el D. Alfonso se obligaba á satisfacer á D. Francisco Javier Ugarte y Schultz, que contaba á la sazón tres años y seis meses de edad, nieto y sobrino respectivamente de los otorgantes é hijo legítimo de D. Eliano, una peseta diaria con el objeto de ayudar á los gastos de su educación, dando principio el pago de dicha pensión el día en que el otorgante D. Francisco Javier falleciera, y cesando el en que el pensionista cumpliese quince años:

Resultando que habiendo seguido pleito Doña María de Uhagón contra su marido D. Francisco Javier Ugarte, para que éste le asegurase la dote que había aportado al matrimonio con fincas libres, por haberlo hecho en su tiempo con fincas vinculadas, pidiendo á tal efecto se le condenara á que procediera desde luego á la división de los vínculos de que era poseedor en los términos prevenidos en la ley de 11 de Octubre de 1820,

recayó sentencia en 26 de Marzo de 1872, conforme con las pretensiones de la demandante, en cuya ejecución se otorgó por las dos partes litigantes y sus dos hijos varones D. Alfonso y D. Eliano en 12 de Octubre de 1874 una escritura de transacción, que se tituló de arreglo de familia, por la que el D. Francisco Javier, con entero beneplácito de todos los otorgantes, confirió á su esposa Doña Dolores Uhagón la más amplia dirección y administración de los bienes comunes del matrimonio y de los de ambos cónyuges, por todo el tiempo que durase el mismo matrimonio, estableciéndose en la cláusula 6.ª que Doña Dolores entregaría á su marido, mientras durasen aquellas circunstancias de guerra, la cantidad de 4.000 reales anuales para sus gastos particulares si vivían juntos, y la de 12.000 para su sustento y demás necesidades en el caso de que les conviniese vivir separados; á su hijo D. Alfonso, durante las expresadas circunstancias, 8.000 reales anuales para su sustento y demás necesidades, y á su otro hijo D. Eliano 12.000, y en circunstancias normales de paz y producción de las haciendas, entregaría á su marido 6.000 reales si vivían juntos y 20.000 si separados; á D. Alfonso 10.000 y á D. Eliano 12.000; en la séptima, que todos los otorgantes se obligaban al puntual y exacto cumplimiento de esta escritura en la parte concerniente á cada uno; y en la octava, que á la disolución del matrimonio se haría la división de los bienes entre el cónyuge sobreviviente y los hijos, con arreglo á las leyes y disposiciones testamentarias otorgadas conforme á derecho, respetando al hijo D. Alfonso su carácter y derecho de inmediato sucesor en los bienes vinculados, que conservaría irrevocablemente; y terminando esta escritura con la expresión de que tal era el contrato de transacción de diferencias, arreglo de mutuos intereses y común evenimiento que formalizaban todos los comparecientes, obligándose á su puntual observancia en lo que á cada uno incumbía:

Resultando que Doña María Dolores Uhagón falleció en 2 de Noviembre de 1881, y por escritura de 20 de Abril de 1882, sus tres hijos y herederos aprobaron la partición verificada de sus bienes, en la que se consignó la advertencia de que no se había incluído la porción que correspondía á la finada en los bienes raíces de su marido D. Francisco Javier Ugarte radicados en el Infanzonado, por haber quedado aplazada por mutuo convenio de los interesados la división del vínculo del referido D. Francisco Javier, que debería hacerse más tarde con el objeto indicado:

Resultando que el mismo D. Francisco Javier de Ugarte y Epalza, de edad de ochenta y dos años, otorgó escritura en el valle de Llodio, en unión de su hijo D. Eliano en 3 de Julio de 1884, en la que hizo constar que, sin embargo de la elección que tenía hecha en testamento de inmediato sucesor en la mitad reservable del vínculo de Epalza en favor de su hijo D. Alfonso y después en las dos escrituras de 25 de Noviembre de 1872 y 7 de Enero de 1873, en vista de que su hijo D. Eliano se hallaba en su casa y compañía, tratándole como á tal su padre y asistiéndole en todos sus achaques con su esposa Doña Isabel Schultz, que tenía numerosa familia; y que el D. Alfonso, que aún se mantenía célibe en su avanzada edad, ausente y sin residencia fija, podía decirse que no la tendría; había resuelto atendiendo á que el jóven D. Francisco Javier de Ugarte y Schultz había cumplido los quince años de edad, según la partida de bautismo que iba por cabeza de esta escritura, por lo que había quedado sin efecto la obligación impuesta á su hijo D. Alfonso en la escritura de 7 de Enero de 1873, de pagar la pensión de 4 reales diarios á su expresado nieto, dejar sin valor y efecto dicha escritura y hacer nueva elección y nombramiento por la presente, y en su consecuencia lo realizaba, revocando y anulando las dos escrituras citadas, y por consiguiente, la elección y nombramiento de sucesor de la mitad del referido vínculo causada

en favor de D. Alfonso, y eligiendo y nombrando por tal sucesor en la mitad aun vinculada del expresado mayorazgo á su hijo D. Eliano, queriendo que ese nombramiento y elección valiera y no otro alguno que anteriormente tuviera hecho, cualquiera que fuese la forma, motivo, razón ó causa en que se hubiera fundado, por ser así su última y bien deliberada voluntad; y por último, repitió D. Francisco Javier todas estas declaraciones y ratificó el nombramiento que dejaba hecho á favor de D. Eliano, de inmediato sucesor en el vínculo de Epalza en testamento que otorgó en 3 de Noviembre de 1887, bajo el que falleció en 19 de Mayo de 1888:

Resultando que en 16 de Agosto de dicho año, dedujo D. Alfonso de Ugarte y Uhagón en el Juzgado de primera instancia de Bilbao, la demanda de este pleito contra su hermano D. Eliano, como albacea que era de su difunto padre, con la solicitud de que se resolviese en definitiva que él era el inmediato sucesor en la mitad reservable de los vínculos y mayorazgos que había poseído su padre, declarando nulos y de ningún valor y efecto cualesquiera nombramientos que por actos intervivos ó por disposición mortiscausa hubiese efectuado su citado padre en contra del derecho del demandante; y condenando á su hermano D. Eliano á reconocerle como tal inmediato sucesor en la mitad reservable de los bienes que fueron vinculados y á que de acuerdo con él é interviniendo la representación de su difunta madre Doña María de los Dolores Uhagón, practicara la división de los indicados vínculos ó mayorazgos, y le entregara en plena propiedad y posesión los bienes de dicho vínculo equivalentes á la mitad de los que constituyeron el mayorazgo en su integridad, alegando en apoyo de estas pretensiones en cuanto es esencial: que atendiendo su difunto padre su mejor derecho para suceder en el vínculo de Epalza, conforme á las reglas del mayorazgo regular, le nombró inmediato sucesor en la mitad reservable del mismo, en su testamento de 1868 y en la escritura de 25 de Noviembre de 1872, dando en ésta el carácter de irrevocable á dicho nombramiento en uso de un perfecto derecho, porque si el fundador atribuyó á todos y cada uno de los futuros poseedores la facultad de variar el nombramiento ó elección de inmediato sucesor, haciéndolo una ó más veces, en manera alguna prohibió que los mismos poseedores pudieran renunciar lo que á ellos mismos afectara, como era aquella facultad ó prerrogativa; que queriendo su padre dar aun mayor fijeza é irrevocabilidad al nombramiento susodicho, otorgó la escritura de 7 de Enero de 1873, que vino á revestir la elección hecha á su favor del carácter de contrato bilateral y oneroso, mediante la obligación que le impuso de pagar una peseta diaria al hijo de D. Eliano en la forma que constaba en dicha escritura; que además, no solamente había tenido en su favor el nombramiento y elección irrevocable de inmediato sucesor en el vínculo, sino que había entrado en funciones de dicho nombramiento y ejercido actos que le caracterizaban como tal inmediato sucesor, porque sólo podían, ejecutarse legalmente por quien de hecho tuviera ya dicha cualidad, con lo cual aludía á la escritura de transacción y arreglo de familia de 12 de Octubre de 1874 que puso término al pleito seguido entre sus padres, y sentenciado en 26 de Marzo de 1872, en cuya ejecución llegaron á realizarse todas las medidas, valoraciones y distribución por lotes que se requerían para plantear la división del vínculo, que no obstante no llegó á realizarse por haber puesto término á las actuaciones judiciales la citada escritura de transacción; que en esta escritura se consignó un contrato bilateral y oneroso entre el poseedor del vínculo D. Francisco Javier y su hijo el demandante con el carácter de inmediato sucesor y otras terceras personas, como eran su madre y su hermano D. Eliano, habiendo sido oneroso el contrato para su citada madre, por cuanto renunció en él el cumplimiento de una sentencia firme que le daba derecho á exigir la división del vínculo y la cons-

titución de hipoteca sobre la mitad libre, en seguridad de sus aportaciones dotales, é igualmente oneroso para los dos hijos, por cuanto de antemano renunciaron á cualquiera acción que como herederos de los bienes libres de su madre ó por la sucesión del vínculo, pudiera algún día corresponderles para impugnar el mismo convenio; y porque además consintieron la enajenación de bienes pertenecientes al vínculo, como inmediato sucesor el D. Alfonso, y como sucesor en caso el D. Eliano, confirmándose y ratificándose una vez más en este contrato bilateral y oneroso el carácter del demandante de inmediato sucesor en el vínculo, como se consignaba expresamente en la cláusula 8.ª, no pudiendo ponerse en duda la irrevocabilidad estable y bien definida, pues tan sólo para el caso de que llegase á faltar D. Alfonso se indicaba en la misma cláusula los derechos eventuales á los bienes del vínculo de su hermano D. Eliano; que además de que éste en la escritura de 28 de Octubre de 1872 había aprobado para siempre la partición que su padre llegara á practicar de los vínculos que disfrutaba en dos partes, una para él y otra para su hermano el demandante, desde el momento en que interviniendo y aceptando la citada escritura de 12 de Octubre de 1874, aprobó en este contrato bilateral y oneroso celebrado por su padre, el carácter de inmediato sucesor en los bienes del vínculo, que irrevocablemente se confirmaba y ratificaba en la persona de su hermano el demandante, era preciso reconocer que había perdido toda la razón y pretexto para resistir á las pretensiones deducidas en la demanda; que de todos modos, las reglas del mayorazgo regular, ó sea aquel que se transmite á los hijos varones primogénitos, deben tenerse como supletorias para aclarar las dudas que puedan surgir en la interpretación ó aplicación de las demás fundaciones irregulares; y así como en el electivo cuando el poseedor deja de hacer la elección, ó ésta es nula, se tiene por elegido el primogénito, con mucha mayor razón debe ser respetado el derecho del varón primogénito cuando tiene en su favor repetidas elecciones con carácter irrevocable; que los derechos introducidos en beneficio de una persona son renunciables, por lo que si el poseedor de un mayorazgo electivo tiene derechos por la fundación á revocar la elección que primeramente hizo, y renunció tal derecho haciendo espontáneamente irrevocable cualquiera de sus elecciones, en tal caso el poseedor quede ligado por su propia voluntad, resultando nulos todos cuantos nombramientos hiciera después de la elección irrevocable; y que, por último, con mayor motivo había de ser respetado el nombramiento irrevocable cuando se había hecho como en el presente caso con causa onerosa, pues es contrato bilateral y oneroso todo aquel en que intervienen derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes:

Resultando que hecha anotación preventiva de esta demanda en diferentes bienes inscritos en el Registro de la propiedad de Bilbao, se confirió traslado con emplazamiento al demandado D. Eliano de Ugarte, que evacuó en tiempo oportuno, solicitando se le absolviera de ella con imposición de costas al demandante, y alegando para ello, entre otras muchas razones, que la fundación no contenía cláusula alguna por la que se facultase al poseedor para imponer gravámenes y condiciones al electo para la sucesión, ni tampoco para hacer irrevocables sus nombramientos; que en la escritura de transacción de 12 de Octubre de 1874 no existía contrato alguno con tercero respecto á la sucesión de la mitad reservable del mayorazgo, pues no tuvo por objeto fijar los derechos de tal sucesión, sino que se limitó á hacer constar que D. Alfonso tenía el carácter de tal sucesor por elección que se decía irrevocable; que ni en dicha escritura, á cuyo otorgamiento concurrió también el demandado, ni en la de 28 de Octubre de 1872 reconoció á su hermano el demandante como sucesor invariable y definitivo en la mitad del vínculo, sino tan sólo como sucesor electo y

mientras la elección no se revocase; que tampoco existía contrato oneroso con un tercero en la escritura de 7 de Enero de 1873, mediante la condición que se impuso á D. Alfonso de dar una pensión al hijo del demandado durante cierto tiempo, porque habiendo cumplido el pensionista la edad señalada para la caducidad de la pensión antes de que empezara á deberse, resultaba que se estableció una condición inútil que no había podido producir efecto alguno; que en cambio la elección hecha por su padre en favor del alegante en la escritura de 3 de Julio de 1884, reconocía las diferentes causas que en la misma se expresaban, así como en el último testamento de su citado padre, en el que consignó éste que no habiendo hecho la elección á favor de su hijo primogénito por causa onerosa con un tercero, dejaba sin efecto las dos escrituras de 25 de Noviembre de 1872 y 7 de Enero de 1873 y toda otra en que apareciese elegido sucesor D. Alfonso; que el mayorazgo en cuestión era electivo, como reconocía el mismo demandante, y por consiguiente, irregular; y como en la fundación se determinaba con toda claridad esa irregularidad, no había necesidad de interpretación alguna respecto á este punto; que la voluntad del que instituye el mayorazgo es la primera ley que debe tenerse presente en la sucesión del mismo, según la 40 de Toro; por lo que habiendo sido la voluntad del fundador D. Juan de Epalza que los sucesores en el vínculo pudieran revocar las elecciones que hiciesen cuantas veces les pareciere oportuno, era evidente que la facultad de cambiar la elección era la primera ley que respecto á este punto debía observarse; que según la ley 44 de Toro, el mayorazgo hecho por vía de contrato ó en última voluntad puede revocarse, salvo si el que lo constituyese por contrato entrevivos, hubiese entregado la posesión de la cosa ó la escritura ante Escribano, ó se hubiera constituído por causa onerosa con otro tercero, como por vía de casamiento ú otra semejante, siendo aplicables á las elecciones de sucesores las reglas de derecho relativas á la constitución de mayorazgos; y como no se había hecho elección alguna á favor del demandante por contrato entrevivos con entrega de la posesión de los bienes ni de la escritura de constitución ni por causa onerosa con un tercero, era evidente que las elecciones hechas en su beneficio tenían el carácter de revocables, pues la escritura de 7 de Enero de 1873 no contenía contrato alguno por causa onerosa con un tercero, sino una elección hecha bajo condición que la ley 28, tít. 11, Partida 5.ª, y la 35, tít. 10, libro 45 del Digesto, relativas á que el pleito que se hace contra ley ó buenas costumbres no debe ser guardado, contiene el principio general de que no puede renunciarse á la ley, y mucho menos si esa renuncia afecta á la libertad de hacer uso de un derecho y aun á libertad de testar, puesto que la elección de sucesor de un vínculo puede hacerse en testamento; que teniendo analogía la elección de sucesor con las mejoras en cuanto á la irrevocabilidad, era aplicable á este pleito la disposición de la ley 1.ª, tít. 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la cual, es necesario que la irrevocabilidad se establezca por algunos de los modos que se repiten en la ley 44 de Toro; y como ninguna de tales circunstancias concurrían en las elecciones hechas á favor del demandante, no podía sostenerse que fuesen irrevocables; que, por otra parte, no siendo válida la condición que se impone al sucesor electo en un vinculo de gravar los bienes con carga alguna, resultaba con relación á la escritura de 7 de Enero de 1873, que, ó había sido nula por contener un gravamen que no había podido imponerse, ó había perdido su eficacia por no haber llegado á tener efecto la condición de que se hizo depender la elección, y que además era evidente que tanto dicha escritura como la de 25 de Noviembre de 1872 no podía considerarse como contrato intervivos, sino mortis causa pues estaban otorgados en la previsión del fallecimiento de D. Francisco Javier:

Resultando que en la réplica insistió el demandante en las pretensiones que tenía deducidas en su demanda, con la adición de que se condenase al demandado á entregarle, no solamente bienes del mayorazgo en propiedad y posesión equivalentes á la mitad de los que habían constituído su dotación íntegra, sino también los frutos, rentas y productos que hubiera rendido ó debido rendir dicha mitad de bienes desde el fallecimiento del último poseedor; y evacuado el trámite de dúplica en el que pidió el demandado que se le absolviera de la demanda conforme tenía pretendido y se cancelara la anotación preventiva hecha de la misma en el Registro de la propiedad, se recibió el pleito á prueba, no obstante la oposición del demandado, y utilizó este trámite tan sólo el demandante aportando á los autos testimonios auténticos de algunas de las escrituras que había presentado con su demanda, en copia simple y cotejando otros documentos en sus originales:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia en 12 de Septiembre de 1889, y la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos la confirmó en 20 de Febrero siguiente, absolviendo á D. Eliano de Ugarte y Uhagón de la demanda contra él deducida por D. Alfonso de Ugarte y Uhagón, y mandando cancelar la anotación preventiva de la misma, sin hacer especial condenación de las costas de la primera instancia, é imponiendo al D. Alfonso el pago de las de segunda:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas interpuso D. Alfonso de Ugarte recurso de casación por infracción de ley, citando en su apoyo como infringido:

1.º La ley de la fundación y con ella la regla de mayorazgos, que establece que la voluntad del fundador es la ley que rige en los mayorazgos, consignada entre otras sentencias de este Tribunal Supremo en la de 14 de Mayo de 1864, y al propio tiempo el principio de que en caso de duda en el mayorazgo deben seguirse las reglas del regular y deben interpretarse las fundaciones del modo menos irregular, sancionado por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 9 de Junio de 1869 en el concepto de que la Sala sentenciadora, en la duda acerca de la irregularidad de la elección ha optado por la irregularidad, á pesar de que la fundación en muchos de los llamamientos limita la elección al caso de que el hijo varón mayor tuviese mayorazgo de mayores rentas; pues dada la doctrina de que por regla general las limitaciones y facultades y reglas puestas á un llamado, se extienden á las demás, cabía la duda racional y fundada de si el mayorazgo era regular respecto de la primogenitura, excepto el caso en que el varón mayor tuviera mayorazgos de más rentas, ó siendo electivo, aunque no ocurriera este caso, y existiendo la duda, debía tenerse presente como regla de interpretación el principio últimamente citado, de que la Sala sentenciadora ha prescindido:

2.º Las sentencias de este Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1864 y 26 de Enero de 1866, en cuanto sancionan el principio ya citado, de que la suprema ley es la fundación, por cuanto á pesar de haber dispuesto el fundador que la elección sería irrevocable en el caso de contrato oneroso, la Sala sentenciadora ha hecho caso omiso ó no ha estimado debidamente la elección hecha en la escritura de 7 de Enero de 1873, en la que existe un verdadero contrato oneroso, por el que se obligaron padre é hijo primogénito, el uno á no variar la elección, y el otro á dar una peseta diaria á un nieto, hijo del segundogénito, desde la muerte del poseedor Don Francisco Javier, hasta que el pensionado llegase á los quince años; pues este nombramiento, que no podía decirse hecho en virtud de un contrato de los que se llaman de gracia y amor, tenía algo de aleatorio, en cuanto podía ser más ó menos largo el tiempo en que viniera D. Alfonso, primogénito, obligado á dar la pensión á su sobrino, y los contratos de esta clase

son onerosos, aunque la suerte favorezca á uno de los contratantes, porque si un derecho depende de que exista contrato oneroso, no dejará de serlo el aleatorio aunque favorezca la suerte á cualquiera de los dos contratantes; habiendo sido no menos oneroso el contrato de arreglo de familia de 12 de Octubre de 1874, en que nacieron obligaciones y derechos en el supuesto de la irrevocabilidad:

3.º El principio de que cada uno puede renunciar los derechos introducidos en su favor, y la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Septiembre de 1867, de que no puede hacer prevalecer una ley el que por su propio hecho ha renunciado al derecho que dicha ley le daba, en el concepto de que si bien al designar primeramente en testamento D. Francisco Javier á su hijo primogénito el recurrente como inmediato sucesor, quedaba libre para cambiar de parecer y revocar el nombramiento, no sólo por el carácter de irrevocabilidad de las últimas voluntades, sino también por la voluntad del fundador, que concedió á los poseedores del mayorazgo la facultad de la elección, constitutiva de un derecho irregular y extraordinario á favor de ellos mismos, es evidente que perdió tal facultad desde que en la escritura de 25 de Noviembre de 1872 quiso dar y dió carácter de irrevocabilidad al nombramiento hecho á favor de su citado hijo; y en la de 7 de Enero de 1873 se propuso y pactó lo mismo, es decir, que renunció la facultad de revocar el nombramiento hecho, pues las renuncias de un derecho no son ineficaces, y hechas á favor de un tercero, éste puede exigir que se respete la renuncia, y puede impedir que el renunciante use del derecho de que se desprendió:

Y 4.º El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, por cuanto D. Eliano ha reconocido la irrevocabilidad de la elección hecha en su hermano el recurrente, y la familia entera le reconoció como inmediato en virtud del convenio de 12 de Octubre de 1874, en el que se concedió á la esposa del D. Francisco Javier, madre de los litigantes, la administración de los bienes y facultad de vender é hipotecar, para lo cual había de concurrir el inmediato sucesor del vínculo, ó sea el recurrente, obligando, por tanto, esta escritura, no sólo al padre por lo oneroso del contrato, sino también á D. Eliano por el reconocimiento de la inmediación fijada por escritura como irrevecable.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que es improcedente el motivo 1.º del recurso, porque la sentencia, lejos de infringirla, se ajusta rigurosamente á la fundación, en la cual se instituyó un mayorazgo completamente electivo, ordenando, por regla general, el fundador en los llamamientos de las diversas líneas, unas de ellas la primera á que pertenecen los litigantes, que el poseedor del vínculo tuviere libertad absoluta para nombrar sucesor al hijo ó descendiente que mejor le pareciese, revocar este nombramiento y hacer otro cuantas veces estimase conveniente, excepto si se hubiese verificado por contrato oneroso de matrimonio, ó con otro tercero, entendiéndose que, de haber varones, el mayorazgo quedaría entre ellos y no en hembras, pero sin atenerse á mayoría de edad, en uno ni en otro caso, antes por el contrario, pudiendo preferirse el menor al mayor, y no estando limitada la facultad de elección como podría estarlo en alguna de las demás líneas llamadas, que no son aquellas de que se trata, por el hecho de que el hijo ó hija mayor poseyese otro vínculo de más renta:

Considerando, respecto del segundo motivo, que para los efectos del nombramiento de sucesor en el mayorazgo, no son contratos onerosos con un tercero las escrituras de 7 de Enero de 1873 y 12 de Octubre de 1874, pues en la primera, aun en la hipótesis de que fuere permitido al poseedor imponer algún gravamen sobre la mitad reservada por la ley al inmediato

sucesor, se estableció una condición que no llegó á cumplirse; y en la segunda, cuyo objeto fué poner término á las disensiones de la familia y atender á sus necesidades, no se contrajo por los otorgantes ó por tercera persona obligación alguna especial acerca de la sucesión en la mitad reservable del vínculo, ni se nombró sucesor, consignándose únicamente que se respetaba el nombramiento hecho con anterioridad á favor de D. Alfonso de Ugarte, á cuya elección se atribuyó un carácter de irrevocabilidad que no tenía:

Considerando que la sentencia no infringe la doctrina citada en el motivo 3.º, puesto que por tratarse de una facultad como la de nombrar sucesor, una, dos ó más veces, que se refería al orden de sucesión establecida en la fundación, y que se había concedido, no á un poseedor determinado, sino á todos los del mayorazgo, careció de valor la renuncia que D. Francisco Javier de Ugarte hizo con objeto de convertir en irrevocable la primera elección en contra de la voluntad y designios del fundador, el cual quiso que solamente lo fuese la que se hubiera verificado *por contrato oneroso de matrimonio ó con otro tercero:*

Considerando que tampoco infringe la doctrina que se invoca en el último motivo, porque en 1874, cuando D. Eliano de Ugarte reconoció al recurrente por sucesor inmediato, tenía éste carácter que no era posible negarle, y que no perdió hasta que con posterioridad hizo válidamente su padre otra elección;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Alfonso de Ugarte y Uhagón, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 5 de Agosto del mismo año.)

132

RECURSO DE CASACIÓN (27 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Concepción Ojeda en autos con los Síndicos del concurso de acreedores de la misma (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que con arreglo al núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso si aunque se le suponga comprendido en el número 1.º del art. 1692, se dirigen sus razonamientos á combatir la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, sin que para ello se designe ley alguna infringida relativa al valor de las pruebas que demuestre el error de derecho ó de hecho resultante de documentos ó actos auténticos cometidos por el juzgador en dicha apreciación.

Resultando que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, por sentencia confirmatoria de 30 de Enero último, denegó á Doña Concepción Ojeda y Valdelomar la declaración de pobre para litigar con los Síndicos del concurso de acreedores de la misma:

Resultando que contra dicha sentencia ha interpuesto Doña Concepción Ojeda recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, en sus párrafos segundo y tercero, porque se la deniega el beneficio de pobreza, cuando el sueldo ó la renta que disfruta han demostrado las pruebas que no alcanza al doble jornal de un bracero:

Y 2.º El mismo art. 15, en su párrafo quinto, por denegar la pobreza que concede á los que, como la recurrente, tienen embargados todos los bienes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que aunque se suponga comprendido este recurso en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, es lo cierto que todos los razonamientos en que se apoyan se dirigen á combatir la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, sin que para ello se designe ley alguna infringida relativa al valor de las pruebas que demuestre el error de derecho ó de hecho resultante de documentos ó actos auténticos cometidos por el juzgador en dicha apreciación, según exige el num. 7.º del artículo arriba citado, por todo lo que es inadmisible el recurso, con arreglo al núm. 9.º del art. 1729 de la expresada ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Concepción Ojeda y Valdelomar, Condesa viuda de Luque, á la que se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido; y publíquese esta resolución en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 27 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

133

RECURSO DE CASACIÓN (27 de Abril de 1891).—Sala tercera.—*Liquidación de Sociedad y otros extremos.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Pedro Pascual de Gandarías en pleito con D. Juan de Durañona (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que el auto por el cual se alza la suspensión de prueba, no tiene el concepto de sentencia definitiva, ni impide la continuación del pleito, ni se halla en ninguno de los casos que se expresan en el art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que contra las sentencias que no tengan dicho concepto no procede el recurso de casación, según dispone el núm. 3.º del art. 1729 de la mencionada ley.

Resultando que seguidos en el Juzgado de primera instancia de Bilbao juicios declarativos de mayor cuantía acumulados entre D. Pedro Pascual de Gandarías y Navea y D. Juan de Durañona y Arraste, sobre liquidación de Sociedad y otros extremos, recayó á virtud de cierta apelación un auto que dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos en 7 de Enero del corriente año, por el cual confirmó el apelado del referido Juzgado de 31 de Mayo anterior, en cuanto por él, reformando una providencia de 8 de los propios mes y año, y otro auto aclaratorio de 10 de los mismos, se alzaba la suspensión de prueba á que dichas resoluciones se contraían:

Resultando que D. Pedro Pascual de Gandarías ha interpuesto con el depósito de 1.000 pesetas recurso de casación por infracción de ley, apoyado en los motivos que alega, oponiéndose el Ministerio fiscal á la admisión del mismo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que el auto contra el cual se recurre no tiene el carácter de sentencia definitiva, ni impide la continuación del pleito, ni se halla en ninguno de los casos que se expresan en el art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que contra las sentencias que no tengan el concepto antes mencionado no procede el recurso de casación, según dispone el número 3.º del art. 1729 de la mencionada ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don Pedro Pascual de Gandarías, á quien se condena en las costas; devuélvase el depósito constituído; líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 27 de Abril de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

134

Recurso de casación (28 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Revocación de donación y otros extremos.*—No ha lugar á los interpuestos por Don Gerardo Rodés y Doña Ana Montaner en pleito entre ambos (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que para la resolución de las cuestiones litigiosas de Cataluña sólo pueden aplicarse las prescripciones del Derecho romano, que es meramente supletorio en defecto de texto ó disposición expresa de la legislación esencialmente foral de aquel Principado:

Que si bien por la ley 8.ª, tít. 56, libro 8.º del Código romano De revocandis donationibus, *se preceptúa en términos generales y absolutos que la donación hecha por quien carece de hijos, de todo ó parte de sus bienes, queda sin valor ni efecto, volviendo todos los bienes en que consiste á poder del donante si le sobreviniere á éste posteriormente algún hijo, es lo cierto también que por el Usatge 2.º, tít. 9.º, libro 8.º, volumen 1.º de las* Constituciones de Cataluña *se establece que si alguien hace donación de sus bienes á su hijo ó hija ó á cualquiera otra persona* (á altra cualsevol persona), *y posteriormente le sobreviniere al donador un hijo de la mujer que ya tenía ó de otra con quien se hubiese casado después el hijo ó hija que naciere, y aun aquel que hubiese nacido cuando el padre hizo la donación á otro, puede revocar ésta después de la muerte del padre, hasta el complemento de su legítima:*

Que el Supremo Tribunal tiene declarado reiteradamente que las capitulaciones matrimoniales son en Cataluña contratos de naturaleza irrevocable, tanto en lo que en ellas se establece para después de la disolución del matrimonio por la muerte, como en todo lo que se refiere á las cosas entre vivos, *á no ser que los contrayentes se hubiesen reservado de una manera expresa el derecho de modificar ó alterar las cláusulas de lo en ellas pactado:*

Que no es aplicable la ley 10, tít. 56, libro 8.º del Código romano, De revocandis, *si al invocarla como infringida se parte del supuesto de que el donatario ha incurrido en alguna de las causas de ingratitud que en aquélla se mencionan, y este aserto es contrario á lo que el Tribunal sentenciador establece apreciando los hechos en relación á las diversas pruebas suministradas, en cuya apreciación no se ha demostrado que exista error de derecho ó de hecho en la forma que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:*

Que habiendo apreciado la Sala sentenciadora, en virtud de su facultad privativa, tanto por las declaraciones de los vendedores que firmaran las facturas á favor del donante de unos objetos, como por las propias manifestaciones de éste, que él mismo fué quien hizo las compras de dichos objetos sin intervención del donatario y sin que conste mediase consentimiento expreso ni tácito por parte del mismo, en virtud del cual se obligara á reintegrar al primero su importe, por lo que el acto realizado con ello fué un mero regalo de boda que por razón del cariño que le profesaba quiso hacer el donante al do-

natario, es evidente que la sentencia que absuelve á la viuda y heredera de éste del pago de los repetidos objetos, no infringe el principio de que para trasladar el dominio se necesita título y modo, y que no basta este último sólo, ó sea la tradición:

Que habiendo estimado el Tribunal a quo *en virtud de la prueba practicada que la entrega de valores por un individuo á otro fué simplemente á título* precario, *sin que le transmitiera, por tanto, la propiedad de los mismos, con el solo objeto de que se beneficiara y utilizara con el importe anual de sus cupones, la consecuencia ineludible de ese estado de derecho no podía ser otra que la restitución al dueño de aquéllos valores, cuando el mismo tuvo por conveniente pedir su entrega ó devolución; y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe los artículos 2.º, 235, 236, 237 y 238 del antiguo Código de Comercio;*

Que por no tratarse en el caso referido de un contrato de compraventa, sino de un simple precario, *y porque acordada la restitución de dichos valores, impónese forzosamente como corolario de esta resolución la entrega de aquéllos con los cupones corrientes en la fecha de la contestación á la demanda, ó el valor en metálico que tengan en la plaza cuando sea ejecutoria la sentencia, así como la sustitución de los títulos de que hubiere dispuesto el obligado por su valor en venta en aquel momento, que es cuando debe hacerse efectiva la obligación de su entrega, el fallo que así lo acuerde no adolece de contradicción y no infringe las leyes 1.ª y 9.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª.*

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Abril de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pino, hoy del Hospital, de Barcelona, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquél territorio por D. Gerardo Rodés y Moré, propietario y comerciante, vecino de dicha ciudad, con D. Francisco Montaner y Nogueras, propietario, vecino de Tossa, como curador *ad litem* de su hija menor de edad Doña Ana Montaner y Vidal, propietaria, de igual vecindad, por el propio derecho de ésta, y además como madre y representante legal de su hija impúber Doña Eulalia Estors y Montaner, y luego con la Doña Ana, ya mayor de edad, en los mismos conceptos, sobre revocación de una donación, restitución de valores y cobro de cantidad; pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, dirigido y representado por el Licenciado D. Ramón Vinader y el Procurador D. Antonio Piñol, é interpuesto también por la demandada bajo la dirección y representación del Letrado D. Modesto Llorens y del Procurador D. Luis Figuerola:

Resultando que por escritura pública otorgada en Barcelona á 6 de Junio de 1884, que fué inscrita en el Registro de la propiedad de Gerona, D. Gerardo Rodés y D. Vicente Estors de una parte, y de otra D. Francisco Montaner, su esposa Doña Eulalia Vidal y la hija de éstos Doña Ana por razón del proyectado enlace de la misma con el D. Vicente, estipularon y convinieron varios capítulos, entre ellos: que el D. Gerardo Rodés, en consideración á dicho matrimonio, y en significación del afecto que profesaba su primo el D. Vicente, le hacía donación perfecta é irrevocable, entre vivos, de 100.000 pesetas que prometía satisfacerle antes de su muerte en la época que se reservaba fijar á su arbitrio, queriendo que en el caso de ocurrir su fallecimiento sin haber efectuado su entrega, sus herederos vinieran desde luego obligados á realizarla en el modo prevenido en aquella escritura; facultando Rodés al donatario para disponer libremente de 5.000 pesetas, y sustituyéndole en la donación para después de su muerte, en cuanto á 20.000 pesetas, á su esposa Doña Ana Montaner, quien podría disponer á su libre voluntad, y en cuanto á las restantes 75.000 á los hijos de ambos, también á su libre voluntad si llegaban á la

edad de testar, con reversión de esta suma al donante ó á sus sucesores, si el donatario falleciese sin hijos, ó si teniéndolos ninguno alcanzara dicha edad:

Resultando que asimismo se estipuló en la enunciada escritura, que fallecido el donante, la administración de la porción adquirida por los hijos en conformidad á lo anteriormente pactado, correspondería á su madre, si sobreviviese á su marido el mencionado donatario, hasta cumplir aquéllos la mayor edad, aplicándose sus productos en utilidad de los mismos; y obligarse el donante, mientras no hiciera efectiva al donatario la cantidad donada, á abonar el interés anual de 5 por 100, á partir desde la fecha de la celebración del matrimonio, pagadero por semestres vencidos; y fallecido el segundo antes que el primero, hasta tanto que éste verificase la entrega de la precitada cantidad, percibirían sus intereses los llamados á la sucesión de aquél; y verificándose esta donación por causa del matrimonio del D. Vicente Estors con la Doña Ana Montaner, quedaría sin efecto si tal unión dejara de verificarse; y en garantía del pago de la cantidad donada y del de dos anualidades de intereses y prorrata de la que discurriera, hipotecaba al donante Rodés una finca nombrada Las Ruscas, en término de Llagostera, vecindario de San Lorenzo:

Resultando que en la propia escritura los consortes D. Francisco Montaner y Doña Eulalia Vidal, á su vez por el afecto que profesaban á su hija la Doña Antonia Montaner, y en atención á su concertado matrimonio con el D. Vicente Estors, la dieron en dote 5.000 pesetas, queriendo que pudiera disponer libremente de ellas por acto entre vivos ó de última voluntad; verificando tal donación sin perjuicio de las ropas de uso personal que prometieron entregarla oportunamente, en relación á sus medios y posición social, le otorgaron también donación perfecta é irrevocable entre vivos, para después de la muerte de ambos donantes, de la mitad de los bienes, derechos y acciones que de su respectiva pertenencia existiesen el día de su muerte, con varias condiciones que no hacen al caso; y establecieron á favor de la misma Doña Ana una sustitución sobre la mitad de bienes que dejaran á su otra hija Doña Angela, donación y heredamiento que aceptó la Doña Ana, quien, con el objeto de atender á las cargas del proyectado matrimonio, aportó y constituyó en dote las 5.000 pesetas á su futuro esposo Estors, el cual, por su parte, aceptó la constitución y recibió dicha cantidad, y en muestra de aprecio hacia su futura esposa, la dió en esponsalicio otras 5.000 pesetas; y ambos futuros consortes expresaron su reconocimiento y gratitud á Rodés por la generosa donación que les había otorgado, y que aceptaron con las condiciones y reservas impuestas, y convinieron que el sobreviviente de ellos, conservándose viudo, fuese usufructuario de los bienes del premuerto, relevándose recíprocamente de prestar fianza:

Resultando que en 26 del mismo mes de Junio de 1884, el D. Vicente Estors y la Doña Ana Montaner contrajeron, en la iglesia parroquial de Tossa, matrimonio canónico que se inscribió en el Registro civil de la enunciada villa el 24 de Marzo del siguiente año 1885, naciendo de este matrimonio, en 21 de Agosto del propio año, una niña, á la que se puso por nombre Eulalia:

Resultando que por demanda de 22 de Enero de 1886, D. Vicente Estors solicitó el despacho de ejecución contra D. Gerardo Rodés, por la cantidad de 5.000 pesetas, importe de dos semestres vencidos de intereses de la donación hecha por este último en la referida escritura de 6 de Junio del 84, cuya ejecución fué despachada, oponiendo á la misma Rodés la excepción de pago, la que estimó el Juzgado en sentencia, declarando no haber lugar á pronunciarla de remate, de la cual apeló Estors, elevándose, en su virtud, los autos de su razón á la Audiencia de Barcelona, y

ocurrido en tal estado de los mismos el fallecimiento de dicho apelante, según luego se dirá, compareció en ellos D. Francisco Montaner, como curador *ad litem* de su hija la Doña Ana, viuda de aquél, en concepto ésta de madre legítima, representante y administradora de los bienes de la impúber Eulalia Estors y Montaner, sustanciándose la alzada, y recayendo, en 24 de Enero de 1887, sentencia de la Sala primera de lo civil de la expresada Audiencia, confirmatoria cen las costas de la apelada:

Resultando que D, Vicente Estors falleció el 21 de Marzo de 1886 sin otorgar disposición testamentaria, siendo declarada heredera única del mismo por auto del Juzgado de primera instancia de Santa Coloma de Farnés, de 15 de Julio siguiente, su mencionada hija Eulalia; y D. Gerardo Rodés hubo á su vez de su matrimonio con Doña Ana Vigo otra hija llamada Matilde, que nació en 11 de Mayo del precitado año de 1886:

Resultando que el D. Gerardo Rodés formuló con fecha 10 de Junio de 1887 la demanda de autos, exponiendo como hechos: lo que aparece de la escritura de 6 de Junio del 84, respecto á la donación por él mismo hecha en aquélla á Estors; el casamiento de éste con Doña Ana; el nacimiento de la hija de ambos, Eulalia; el matrimonio también del demandante con Doña Antonia Vigo, y el haber tenido en él la niña Matilde, y además, que pagó al D. Vicente Estors por semestres vencidos los intereses estipulados, sin exigir recibo como suele procederse entre personas de confianza íntima, y aprovechándose de esta circunstancia, obrando con ingratitud notoria, Estors le promovió un pleito ejecutivo reclamándole dos semestres de intereses que supuso no recibidos, pidiendo el embargo de bienes, que pudo evitar mediante el depósito de las cantidades necesarias, y, habiendo podido justificar el pago, recayó sentencia declarando no haber lugar á pronunciarla de remate; sentencia de la que Estors interpuso apelación y la sostuvo con tenaz empeño, pero que fué confirmada con costas por el Tribunal superior; que además Rodés había prodigado muchos favores y protección á Estors, joven oficial de cerrajero, sin fortuna ni medios de ninguna clase, recibiéndole en su casa y manteniéndole en ella gratuitamente durante muchos años, procurándole conocimientos y recursos, suministrándolos también á sus padres, y proporcionándole á él y á su esposa, algunos meses después de su matrimonio, valores que representaban unos 10.000 duros para que los retuvieran á título de precario, haciendo entre tanto suyos los réditos ó cupones y con ánimo de donárselos definitivamente si hubiese visto que los llegaban á necesitar, y mediante portarse bien con Rodés; valores que consistian en 172 obligaciones del ferrocarril de Francia, las cuales fueron depositadas una mitad á nombre de Estors y la otra al de su esposa; y también había pagado por Estors muebles, ropas y alhajas, hasta la cantidad de 15.889 pesetas 75 céntimos, según las facturas de que hizo mérito y vinieron á los autos en término de prueba, y que todavía no había recobrado ni exigido interés de ninguna especie por el débito, así como tampoco se había reintegrado de 750 pesetas satisfechas al Médico D. Juan Soler por asistencia prestada á la esposa de Estors en cierta enfermedad:

Resultando que por los indicados hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportuno alegar, concluyó el repetido Rodés suplicando en la precitada demanda que se declarara: en primer lugar, revocada y sin efecto la donación de 100.000 pesetas otorgada por él á favor de Estors en los capítulos matrimoniales de éste con Doña Ana Montaner; en segundo lugar, que ésta y su hija no podían reclamarle pensión alguna de intereses de dicha cantidad donada, sinó, por el contrario, procedía condenar y se condenara á la Doña Ana en nombre propio, á restituir al actor las 20.000 pesetas que de la enunciada donación deberían corresponderla por muerte de su marido, y lo que por razón de administración y usufructo pudiera

corresponderla en las 80.000 pesetas restantes, y á la misma Doña Ana, como legítima administradora de los bienes de su hija, á la restitución de las expresadas 80.000 pesetas restantes, con los intereses legales de estas cantidades, á contar desde la interposición de la demanda; en tercer lugar, que la misma Doña Ana, como usufructuaria de los bienes de su difunto marido y como legal representante de su hija, debía ser condenada y se la condenara á reintegrar al demandante de las 16.639 pesetas y 75 céntimos invertidas por éste en utilidad de Estors por los conceptos expresados, por los intereses legales también desde la demanda; en cuarto lugar, que la misma Doña Ana, en nombre propio y en las demás cualidades referidas, debía ser condenada y se la condenara á restituir al reiteradamente dicho Rodés las 172 obligaciones al 3 por 100 del ferrocarril de Francia que en Abril de 1885 entregó á los futuros consortes Estors y Montaner, para que los usufructuaran durante la voluntad de aquél, así como á entregarle también los cupones correspondientes á dichas obligaciones desde aquella fecha; y en quinto lugar, que la demandada, en las mismas cualidades debía ser condenada y se la condenara al pago de las costas del juicio:

Resultando que emplazada la Doña Ana, compareció por ella su padre y curador *ad litem* D. Francisco Montaner, y antes de evacuar el traslado de la demanda presentó, acompañado de un resguardo de depósito de 750 pesetas en el Banco de España, y de un acta notarial, escrito en que manifestó que, según de ésta aparecía, Rodés se había negado á recibir la antedicha cantidad en pago de la cuenta del Médico Soler, por lo que había efectuado el depósito, el cual tuvo por hecho á su disposición el Juzgado, y quedó á la de Rodés para entregárselo tan luego lo solicitara:

Resultando que el D. Francisco Montaner en la expresada representación de Doña Ana, ésta por sí y á nombre de su hija, contestó la demanda oponiendo á ella las excepciones de falta de acción y de pago respecto á las 750 pesetas consignadas, solicitando la absolución, con costas al demandante, para lo cual prestó conformidad á los hechos relativos á la escritura de capitulaciones matrimoniales con adición de lo demás en aquella consignado; al matrimonio de D. Vicente Estors con Doña Ana Montaner; al nacimiento de la hija de éstos, Eulalia, al fallecimiento de aquél; al matrimonio de Rodés y al nacimiento de su hija Matilde, y á más de todo ello expuso, entre otras alegaciones: que la posición de los padres de Doña Ana era en 1884 desahogada é independiente; que Rodés, de posición entonces brillante y tenido por acaudalado, protegía á su primo Estors, simple oficial de cerrajero, sin recursos, y para favorecerlo más, enlazándolo á alguna familia de buena posición, practicó varias gestiones cerca del padre de Doña Ana encaminadas á conseguir el casamiento de ésta con Estors, llegando su empeño en ello hasta el punto de ofrecer para la realización del mismo 50.000 duros, que luego, por la variación de los valores, redujo á menor suma al mencionado su primo; y, en cumplimiento de lo ofrecido, no sólo firmó Rodés la precitada escritura de capitulaciones matrimoniales, sino que además, por causa del expresado matrimonio, le entregó varios muebles y ropas, en la compra y pago de los cuales no intervino Estors, y le donó también en cumplimiento de lo prometido, entregándolas en pago de 10.000 duros, las 172 obligaciones del ferrocarril de Francia, que Estors y la Doña Ana, acompañados al acto por Rodés, depositaron en el Banco de Barcelona, de una parte de las cuales había dispuesto en vida Estors; que los padres de la Doña Ana dieron á ésta las 5.000 pesetas en dote, y la hicieron las donaciones intervivos, pero para después de su muerte, que constaban de las capitulaciónes matrimoniales, en consideración al matrimonio y para que éste pudiera constituirse civilmente y atender á sus cargas; que por el fallecimiento de Estors habían

pasado á ser propiedad de la Doña Ana las 20.000 pesetas, y de su hija Doña Eulalia las 75.000 restantes; que Rodés pagó al principio los intereses pactados, no verificándolo después, siguiendo Estors, para el cobro de ellos, un juicio ejecutivo en que se estimó la excepción de pago, pero por ello no cometió aquél ni tampoco la Doña Ana ni su pequeña hija, ingratitud, porque pudiera ser revocada una donación intervivos; y que, respecto á la cuenta del Médico D. Juan Soler, ya había presentado el requerimiento á Rodés para que recibiera su importe y el resguardo de depósito por no haber querido aquél recibir dicho importe;

Resultando que constituído el pleito por los demás trámites legales, incluso el probatorio que ambas partes utilizaron y en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó, en 12 de Abril de 1890, sentencia revocatoria en parte, condenando á Doña Ana Montaner y Vidal, como usufructuaria de los bienes de su difunto esposo D. Vicente Estors, y como madre y legal representante de la impúber Doña Eulalia Estors y Montaner, á que restituyera al actor D. Gerardo Rodés las 172 obligaciones al 3 por 100 del ferrocarril de Francia, que él mismo entregó en Abril de 1885 á los entonces futuros esposos D. Vicente Estors y Doña Ana Montaner, con los cupones corrientes en la fecha de la contestación á la demanda, ó el valor en metálico que tuvieran en aquella plaza cuando la sentencia fuese ejecutoria, en el supuesto de que D. Vicente Estors hubiese hecho uso de algunas de ellas; entendiéndose que la entrega de su valor en metálico debía limitarse á las de que hubiera dispuesto retirándolas del Banco; absolviendo á la Doña Ana Montaner, por sí y en la representación expresada, de los demás extremos solicitados en la demanda, con otros pronunciamientos de que no es de hacer mérito; sin especial condena de costas de ninguna de ambas instancias:

Resultando que D. Gerardo Rodés ha interpuesto recurso de casación apoyado en el párrafo primero del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

1.º La ley 8.ª *Codicis De revocandis donationibus,* 56, libro 8.º del Código de Justiniano, por la cual se dispone que «si careciendo un patrono de hijos hubiera dado el todo ó parte de sus bienes á sus libertos, y después de ello hubiese tenido hijos, la donación queda sin efecto y todos los bienes en que consista vuelvan á poder del donante»; disposición vigente en Cataluña, admitida por las legislaciones posteriores, y entre ellas, por la ley 8.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, también infringida, así como la jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida en varias sentencias, y, entre ellas, la de 9 de Febrero de 1874, en la que se consigna la doctrina de que «el tener el donador hijo ó hija de su mujer legítima, con la que se case después de haber dado á otro todo lo suyo, ó gran parte de ello, no teniendo hijos ni esperanzas de tenerlos», es una razón por la que, luego que los tiene, queda revocada la donación y no debe valer en manera alguna, como se ordena por la ley 8.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª; y también, en términos más generales y absolutos, por la ley 8.ª *Codicis De revocandis donationibus,* en cuanto la Sala sentenciadora ha creído no deberse acceder á la pretensión de D. Gerardo Rodés, de que se entienda revocada la donación hecha á D. Vicente Estors antes de que tuviera hijos, á pesar de haber contraído el donante matrimonio con posterioridad á aquella donación y haberle sobrevenido hijos:

2.º La ley del contrato, ó sea la escritura otorgada en 6 de Junio de 1884 ante D. Manuel Bofarull, Notario que fué de Barcelona, por la cual Don Gerardo Rodés hizo la donación de 100.000 pesetas á su primo Estors, en cuanto se supone que ésta no fué un acto de liberalidad, sino hecha en virtud de un contrato bilateral; habiendo confundido la Sala sentenciadora, al aceptar las consideraciones de primera instancia que trascienden y se

traducen en el fallo, el contrato bilateral de los contrayentes con un hecho que se consigna en la misma escritura, pero que es aislado é independiente de las obligaciones contraídas por los demás; pues D. Gerardo Rodés no obligó á los padres de la novia á ofrecer ó dar cantidad alguna en dote á su hija Ana Montaner, ni le hicieron donación en cuante y por qué la hiciera Rodés á Estors, sino que, de un modo absoluto hizo aquél donación de las 100.000 pesetas á su primo; siendo consecuencia de ser considerada la donación como contrato bilateral, el que sólo por mutuo acuerdo puede revocarse lo ofrecido; y, por tanto, lo sentado en el considerando segundo envuelve el fallo, y en éste se ha infringido la ley del contrato:

3.º Las leyes citadas en el núm. 1.º, al subordinarlas á las que establecen la irrevocabilidad de las donaciones hechas por causa de matrimonio, porque éstas podrán ser á lo sumo irrevocables cuando se han hecho por razón de matrimonio á favor de un hijo; pero hechas por un extraño que no tiene hijos, y á quien luego le sobrevienen, son revocables por las leyes privativas de Cataluña y el derecho común ó romano, así como también por la ingratitud; siendo la base ó fundamento de la revocabilidad en caso de sobreveniencia de hijos la presunción, que constituye una condición tácita que pone el que carece de hijos y dona todo ó parte de su fortuna, de que da preferencia á los hijos que puedan sobrevenirle sobre el extraño á quien favoreció cuando no los tenía; y esta razón de la ley milita lo mismo en caso de matrimonio que cuando la donación no se hace por este motivo:

4.º Por interpretación errónea é indebida aplicación, el Usatge 2.º, título 9.º, libro 8.º, volumen 1.º de las Constituciones de Cataluña, según el cual: «Si alguno da todo cuanto tiene á su hijo ó hija ú otra cualquiera persona y después el donador tiene hijos de aquella mujer que ya tenía, ó de otra que después hubiere tomado, el hijo ó hija que después naciere, y aun aquel que era nacido cuando el padre hizo donación al otro, puede, después de la muerte del padre, revocar la donación hasta el cumplimiento de su legítima», toda vez que la Sala sentenciadora supone que sólo los hijos pueden pedir la revocación, aplicando esta ley al caso de uno á quien sobrevienen hijos, en los cuales no podía pensar al hacer la donación, porque no estaba casado, cuando la ley habla sólo de los hijos de la mujer que ya tenía ó de otra que después hubiere tomado; mala aplicación comprobada por la jurisprudencia, también infringida, de este Tribunal Supremo, de la sentencia de 9 de Febrero de 1874, que aplica la ley del Digesto *De Donationibus* y concede al mismo donante la facultad de pedir la revocación:

5.º La ley 10, tít. 56, libro 8.º, *Codicis De revocandis donationibus*, en la cual se dispone que las donaciones se revocan por causa de ingratitud, estableciendo entre ellas: *Si jacturæ molem ex insidiis sui ingerat, que non levem sensum substantiæ donatorio imponat*, por ser un hecho reconocido por ambas partes, aunque distintamente apreciado, que Estors reclamó por juicio ejecutivo los semestres de intereses de la cantidad de 100.000 pesetas, los cuales estaban pagados ya, y aun cuando la excepción de pago fué probada y estimada por la Audiencia, no dejó de causar estorsión grande á Rodés la conducta de Estors, perjudicándole grandemente en sus intereses, con el perjuicio que causa el escándalo de un embargo, que sólo evitó Rodés depositando la cantidad, y todo esto sin razón y maliciosamente, como lo demuestra la ejecutoria de la Audiencia, recaída en aquel juicio ejecutivo, no obstante lo cual la Sala sentenciadora, aceptando un fundamento del Juzgado, dice que la injuria no está suficientemente graduada como grave, ni es de las expresamente señaladas por la ley; en lo que hay un error que no recae en la apreciación de la prueba, sino en el olvido de las palabras de la ley que se han transcrito, y en la califica-

ción de la gravedad, dados los hechos estimados por dicha Sala y aceptados por las partes; pues causó grandes perjuicios á Rodés la conducta de Estors y su viuda, y por tanto, la ingratitud entra en las palabras de la ley citada;

Y 6.º La doctrina sentada en el cuarto considerando del Juzgado, de que constando que Rodés compró muebles y alhajas para Estors por valor de 16.639 pesetas 75 céntimos, y no constando el concepto como se los entregó, hay que estar al que indica el demandante; doctrina que también sienta la Sala sentenciadora en uno de sus fundamentos, diciendo, al ocuparse de las acciones del ferrocarril de Francia, «que no puede admitirse, por tratarse de un acto de naturaleza civil, que bastara para ello la simple tradición, y que resulta dicho acto (la entrega de las acciones) quedó reducido á una mera liberalidad, cuyos límites incumbe señalar al donante á falta de otras pruebas que induzcan á juzgar lo contrario»; cuya doctrina puede traducirse por el principio que establece que para trasladar el dominio se necesita título y modo, y que no basta este último sólo, ó sea la tradición; principio y doctrina que se han infringido al declarar la donación y regalo la entrega de los muebles, no habiendo prueba en ningún sentido mas que de la tradición:

Resultando que Doña Ana Montaner, en el doble concepto en que litiga, ha interpuesto también recurso de casación, invocando los números 1.º y 4.º del art. 1692 de la citada ley de Enjuiciamiento civil, por los motivos siguientes:

1.º Porque la sentencia infringe el art. 2.º del Código de Comercio antiguo, ley en la materia, que dice: «Los que hagan una operación accidentalmente de comercio terrestre, no serán considerados comerciantes para el efecto de gozar de las prerrogativas y beneficios que á éstos están concedidos por razón de su profesión, sin perjuicio de quedar sujetos en cuanto á las controversias que ocurran sobre estas operaciones á las leyes y jurisdicción de comercio»; el art. 236 del mismo Código, que después de establecidas en el 335 las maneras de contratar, preceptúa que: «Se exceptúan de la disposición precedente aquellos contratos sobre que se establecen determinadamente en este Código formas y solemnidades particulares, las cuales se observarán puntualmente, so pena de declararse la nulidad del contrato de oposición de cualquiera de las partes, y de ser ineficaces é inadmisibles en juicio para intentar acción alguna»; el art. 237 del propio Código, según el cual: «También pueden los comerciantes contratar de palabra, y serán válidos sus contratos, aunque no se hayan redactado por escrito, siempre que el interés del contrato no exceda de 1.000 reales vellón; y aun en este caso no tendrá éste fuerza ejecutiva en juicio, hasta que por confesión de los obligados, ó en otra forma legal, se pruebe la existencia del contrato y los términos en que éste se hizo»; el art. 238 del repetido Código, con arreglo al que: «Los contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente, se reducirán necesariamente á escritura pública ó privada, sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil»; la sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de Abril de 1876, que en consonancia con dichos textos declaró: que, según lo dispuesto en el art. 236 del Código de Comercio, los contratos sobre que el mismo establece formas y solemnidades particulares, no son válidos, ni eficaces, ni admisibles en juicio para intentar acción alguna, si en su celebración no se han observado puntualmente aquéllas; que una de las formas y solemnidades referidas, que necesariamente han de concurrir en los enunciados contratos mercantiles cuya cuantía exceda del tipo señalado respectivamente en el art. 237, consiste en que se reduzcan á escritura pública ó privada, sin lo cual no pueden considerarse como perfeccionados ni tienen fuerza obligatoria civil, como terminantemente se dispone en el art. 238; y que la falta del requisito esencial

sobredichas obsta é impide la perfección y eficacia legal del contrato de venta de minerales, que representa un interés y cuantía conocidamente superior á lo designado en el referido art. 237, el cual no podía tener efecto en caso de oposición de cualquiera de las partes, al tenor de lo establecido en los citados artículos 236, 237 y 238 combinados; de todo lo cual se deduce lógica y legalmente que el demandante, hoy recurrente, no concluyó ni llevó á término el negocio que se le encomendara, y por consiguiente, tampoco adquirió el derecho á percibir premio ó restitución en concepto de comisionista; porque combinados y aplicados al punto recurrido los anteriores textos, resulta que siendo un acto de comercio terrestre, por razón de su objeto, el contrato productor del derecho de Rodés de reclamar las obligaciones, y del deber de los consortes Estors Montaner de devolverlas, y excediendo la cuantía del referido deber, como está justificado y reconocido que excede, de la cantidad señalada en el art. 237 del Código de Comercio, no es válido y eficaz y admisible en juicio, porque en su celebración no se observaron las solemnidades necesarias, singularmente la reducción del contrato á escritura pública ó privada; y, sin embargo, la sentencia, en la resolución recurrida, parte del supuesto de la existencia del precario, respecto de las 172 obligaciones, afirmado por Rodés, pues según ella, éste entregó dichas obligaciones á los cónyuges Estors Montaner para que las retuviesen durante el beneplácito del propio tradente, percibiendo, entretanto, los réditos ó cupones de las mismas, con la obligación de devolverlas con los cupones corrientes al exigirlo Rodés; decide, por tanto, que el repetido Rodés las entregó á los citados consortes para un fin determinado, que fué el de percibir los réditos, fin que los consortes habían de obtener gratuitamente, y en cuya posesión habían de permanecer durante el beneplácito de aquél, á falta del cual deberían restituir las propias obligaciones y dejar de percibir más réditos de ellas; y de consiguiente, para la sentencia, la entrega mencionada impuso á los consortes una obligación contractual, puesto que á un contrato debía su nacimiento, y creó á favor de Rodés un derecho correlativo y de igual naturaleza; con lo cual infringe las disposiciones legales y resoluciones de jurisprudencia citadas:

Y 2.º Porque la propia sentencia es contradictoria, é infringe las leyes 1.ª y 9.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, que fijan el concepto jurídico del contrato de venta en estos términos: «Contrato consensual, por el cual uno se obliga á entregar á otro una cosa mediante cierto precio»; concepto en el cual el precio se sustituye á la cosa y se equipara á ella; probándose así que el dueño de la cosa lo pasa á ser del precio inmediatamente que deja de serlo de la misma por razón de la venta, toda vez que condena á Doña Ana Montaner á restituir las obligaciones con los cupones corrientes en la fecha de la contestación á la demanda, partiendo al hacerlo del concepto de que desde la propia fecha los cupones correspondieron á Rodés, cesando todo derecho de los Estors Montaner sobre los mismos, según cuyo concepto desde entonces tuvo Rodés la propiedad, no sólo de las obligaciones, que nunca dejaron de ser suyas, á juicio de la sentencia, sino también la de sus rentas, que dejaron de pertenecer á las demandadas; declaración que es lógica, porque si Rodés recobró la propiedad de las rentas de las obligaciones desde la fecha de la contestación á la demanda, hubo de imponerse á los demandados el deber de restituir las rentas percibidas desde entonces; pero la misma sentencia, que establece como base de sus decisiones que Rodés conservó siempre la propiedad de las obligaciones, cuando resuelve sobre el deber que impone á los demandados de abonar el valor de las que se hubieren enajenado, dispone que se fije por el que tengan en la plaza al ser ejecutoria, como si hasta entonces no comenzara el derecho de Rodés á la cosa enajenada y á su precio en equivalencia de ella, ya que sobre la cosa no sea posible, por razón de la misma enajena-

ción; y si las obligaciones eran de Rodés y nunca dejaron de serlo, fué de Rodés el precio de las enajenadas inmediatamente que la enajenación tuvo lugar; y en su consecuencia, la condena de que se trata había de referir la fijación del precio de las obligaciones vendidas, al tiempo en que se hizo la venta; lo cual exigía también el criterio de que parte aquélla al decidir sobre la restitución de los cupones ó rentas.

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Salvador Viada:

Considerando que para la resolución de las cuestiones litigiosas de Cataluña sólo pueden aplicarse las prescripciones del Derecho romano, que es meramente supletorio, en defecto de texto ó disposición expresa de la legislación esencialmente foral de aquel Principado:

Considerando que si bien por la ley 8.ª, tít. 56, libro 8.º del Código romano *De revocandis donatiobus,* se preceptúa en términos generales y absolutos que la donación hecha por quien carece de hijos, de todo ó parte de sus bienes, queda sin valor ni efecto, volviendo todos los bienes en que consiste á poder del donante si le sobreviniere á éste posteriormente algún hijo, es lo cierto también que por el Usatge 2.º tít. 9.º, libro 8.º, volumen 1.º de las *Constituciones de Cataluña* se establece si alguien hace donación de sus bienes á su hijo ó hija ó á cualquiera otra persona (*á altra cuasevol persona*), y posteriormente le sobreviniere al donador un hijo de la mujer que ya tenía ó de otra con quien se hubiese casado después, el hijo ó hija que naciere, y aun aquel que hubiese nacido cuando el padre hizo la donación á otro, puede revocar ésta después de la muerte del padre, hasta el complemento de su legítima:

Considerando además que este Supremo Tribunal tiene declarado reiteradamente que las capitulaciones matrimoniales son en Cataluña contratos de naturaleza irrevocable, tanto en lo que en ellas se establece para después de la disolución del matrimonio, por la muerte, como en todo lo que se refiere á las cosas *entre vivos,* á no ser que los contrayentes se hubiesen reservado de una manera expresa el derecho de modificar ó alterar las cláusulas de lo en ellas pactado:

Considerando, por lo tanto, que al declarar la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona firme y subsistente la donación de 100.000 pesetas hecha por D. Gerardo Rodés en capitulaciones matrimoniales á favor de su primo D. Vicente Estors, en consideración al enlace proyectado de éste con Doña Ana Montaner, no obstante haberle sobrevenido posteriormente un hijo al susodicho Rodés, no ha infringido las disposiciones legales que se citan en los cuatro primeros motivos del recurso, puesto que, según el texto expreso de la Constitución catalana y con arreglo á la jurisprudencia de que se ha hecho mérito, dicha donación es por su naturaleza irrevocable, y sólo al hijo podrá corresponderle en todo caso, despues de la muerte del padre, el derecho de pedir la revocación de aquélla hasta completar la porción legítima que según la ley le pertenece:

Considerando que no es aplicable al caso presente la ley 10, tít. 56, libro 8.º del repetido Código romano *De revocandis donationibus*, porque al invocarla como infringida en el quinto motivo del recurso se parte del supuesto de que el donatario ha incurrido en alguna de las causas de ingratitud que en aquélla se mencionan, lo cual es contrario á lo que el Tribunal sentenciador establece apreciando los hechos en relación á las diversas pruebas suministradas, en cuya apreciación no se ha demostrado ni aun alegado siquiera que exista error de derecho ó de hecho en la forma que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando, por lo que al sexto y último motivo del recurso interpuesto por D. Gerardo Rodés se refiere, que habiendo la Sala sentenciadora apreciado, en virtud de su facultad privativa, tanto por las declaranes de los vendedores de alhajas, muebles y ropas, que firmaron las factu-

ras á favor de D. Gerardo Rodés, como por las propias manifestaciones de éste, que él mismo fué quien hizo las compras de aquellas alhajas y efectos sin intervención de Estors y sin que conste mediase consentimiento expreso ni tácito por parte del mismo, en virtud del cual se obligara á reintegrarle su importe, por lo que el acto realizado con ello fué un mero regalo de boda que por razón del cariño que le profesaba quiso hacer el recurrente á su primo, es evidente que al absolver dicha Sala á Doña Ana Montaner, como usufructuaria de los bienes de su difunto marido D. Vicente Estors, y como madre y legal representante de su hija impúber Doña Eulalia, del pago de las 15.889 pesetas 75 céntimos, importe de aquellas alhajas y efectos, no ha cometido el error de derecho que por la representación de D. Gerardo Rodés se le atribuye:

Considerando en orden al recurso interpuesto á nombre de Doña Ana Montaner y Vidal, que no existe en la sentencia recurrida la infracción de los artículos del Código de Comercio que con notoria inoportunidad se citan en el primer motivo, porque habiendo estimado el Tribunal *a quo* en virtud de la prueba practicada que los cónyuges Estors Montaner recibieron de D. Gerardo Rodés las 172 obligaciones del 3 por 100 del ferrocarril de Francia á título simplemente de *precario*, sin que le transmitiera, por lo tanto, la propiedad de las mismas, con el solo objeto de que se beneficiaran y utilizaran con el importe que anualmente representan sus cupones, la ineludible consecuencia de ese estado de derecho no podía ser otra cosa que la restitución á D. Gerardo Rodés de aquellos valores cuando tuvo él mismo por conveniente pedir su entrega ó devolución:

Considerando, finalmente, que no tienen aplicación al presente caso las leyes 1.ª y 9.ª, tít. 5.º de la Partida 5.ª, que se invocan como infringidas en el segundo y último motivo de este recurso, por no tratarse aquí de un contrato de compraventa, sino de un simple *precario*, como se ha dicho, y porque, acordada la restitución de las 172 obligaciones de que antes se ha hecho mérito, impónese forzosamente como corolario de esta resolución, la entrega, debidamente acordada por la Sala, de dichos títulos con los cupones corrientes en la fecha de la contestación de la demanda, ó el valor en metálico que tengan en la plaza cuando sea ejecutoria esta sentencia, así como la sustitución de los títulos de que tal vez hubiese dispuesto Don Vicente Estors, por su valor en venta en aquel momento, que es cuando debe hacerse efectiva la obligación de su entrega; siendo evidente, por lo tanto, que el fallo recurrido no adolece en este punto de las contradicciones que gratuitamente le atribuye el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación interpuestos por D. Gerardo Rodés y Doña Ana Montaner, ésta por sí y como madre de la impúber Doña Eulalia Estors; no hacemos declaración sobre costas, mediante ser recurrentes ambas partes; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 28 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

135

Recurso de casación (30 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Jaime Gustá en pleito con Don Manuel Carreras y otros (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que es improcedente el recurso cuyos motivos se dirigen á contradecir la apreciación de las pruebas documental, pericial y testifical hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, sin invocar el núm. 7.º del art. 1692

de la ley de Enjuiciamiento civil, ni alegar leyes ó doctrinas relativas al valor de las pruebas que hayan podido infringirse con dicha apreciación, ni tampoco error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Abril de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Jaime Gustá y Barrís, Maestro de obras de aquella vecindad, representado por el Procurador D. Luis de Figuerola y defendido por el Licenciado D. Ricardo Ventosa, con D. Manuel Carreras y Torner y Doña Beatriz Casas y Torner y consortes, propietarios y vecinos de Caldas de Estruch, y con Doña Dorotea Casas y Torner, soltera, de la misma vecindad, y en nombre de todos el Procurador D. Antonio Piñol, bajo la dirección del Letrado D. Jaime Torner y Alevani, sobre pago de pesetas:

Resultando que obtenida por D. Jaime Gustá y Barrís la declaración de pobre para litigar, dedujo en 16 de Mayo de 1887 la demanda objeto de estos autos, alegando como hechos: que dueños los consortes D. Miguel Gich y Doña Ana Fontanet de la pertenencia minera *Carmen,* sita en término municipal de Montrás (Gerona), encargaron al demandante que buscase comprador para ella por precio de 4.000 pesetas, prometiéndole 2.000 en recompensa de sus trabajos, firmando al efecto un convenio privado; que propuesta la venta por el demandante á D. Manuel Torner y D. José Sala, la aceptaron conviniendo en satisfacer dicho precio y adelantar el capital necesario para la explotación, reconociendo á favor de Gustá la propiedad de la tercera parte de la mina, y nombrándole director y administrador para que dirigiese la explotación de aquélla por reconocerle perito en la materia, firmándose el 10 de Julio de 1879 entre los dueños de la mina y D. Manuel Torner una escritura privada de venta, anulada después por la escritura pública que se otorgó en 4 de Noviembre del propio año, habiendo firmado antes D. Manuel Torner en 1.º de Agosto para garantía de los otros dos partícipes una declaración expresando que eran propietarios con él de dicha mina por iguales partes D. José Sala y D. Jaime Gustá, y que en su día se otorgaría la correspondiente escritura, lo cual no llegó á verificarse; que si bien en la venta á favor de D. Manuel Torner se expresó que éste había satisfecho la mitad del importe de la mina antes del otorgamiento, esto no era exacto, pues aquél deseaba que los vendedores diesen por recibida á cuenta la mitad del precio que debían entregar al demandante, habiendo manifestado á éste tales deseos en carta de 5 de Septiembre, en la que se propuso que se hiciera constar en la escritura de venta como satisfecha la mitad del precio que debía cobrar, la cual él cuidaría de abonarle, adquiriendo de este modo el actor un crédito de igual importancia contra D. Manuel Torner; que en 5 de Julio de 1879 comenzaron las obras de la mina, continuando sin interrupción hasta el 10 de Abril de 1884, en que se suspendieron, habiendo ocurrido durante este período el fallecimiento de D. Manuel Torner, por lo cual pasó la tercera parte de la propiedad de la mina á sus herederos los demandantes D. Manuel Carreras y Torner y Doña Beatriz y Doña Dorotea Casas y Torner, quienes adquirieron la otra tercera parte por compra á los herederos de D. José Sala, que falleció también en 25 de Agosto de 1882, quedando desde entonces repartida la mina en dos tercios á los demandados y uno al demandante; que la explotación siguió una marcha favorable, superando á las esperanzas concebidas, como lo probaba el que, siendo muy exíguos los capitales adelantados por Torner, los productos de la mina casi bastaban para atender á todas las necesidades, habiendo producido en tan corto

período el mineral vendido 50.500 pesetas, que se invirtieron en la propia mina; que al tiempo de suspenderse las obras su valor era aproximadamente de 125.000 pesetas, como lo probaba el pliego de cuentas de todo el tiempo de la explotación; que los trabajos del demandante como director y administrador de la mina debían reputarse de tal importancia que podían regularse modestamente remunerados en 500 pesetas mensuales; que codiciosos los herederos de Forner de adquirir la totalidad de la mina procuraron la caducidad de la misma y su nuevo registro bajo distinto nombre á favor de D. Claudio Carulla, el cual, á fines de 1882 hizo la primera visita á la mina por cuenta de aquellos herederos, como lo justificaba la carta que acompañaba, dando cuenta al demandante de la entrevista que á su regreso tuvo con aquéllos, participando que tenía negociaciones pendientes con tres distintas casas para la compra de la mina; que en el *Boletín oficial* de 21 de Enero de 1874 se consignó la declaración de caducidad por falta de pago, y como no fué dictada con arreglo á las disposiciones que la regulaban, y el demandante determinó pasar á Gerona á gestionar su revocación, D. Manuel Carreras le escribió la carta que acompañaba, diciéndole que no fuera, porque tenía medios de arreglarlo él mismo; que entre tanto preparaban la nueva concesión y registro, habiéndose remitido al Alcalde de Montrás los edictos para la concesión de la mina bajo el nombre de *Teresa*, y procurando pocos días antes ocultar el plan que fraguaban, como lo acreditaba la carta que acompañaba de D. Manuel Carreras, manifestando que no encontraban comprador para la mina, y que no sabía aún cómo sería resuelta la cuestión de caducidad; habiendo tenido, por último, por orden de los demandados, que se negaban á nuevos adelantos, que suspenderse la explotación de la mina y dado orden para que no se consintiera la extracción de ningún objeto ni la intervención del demandante; que cuando conoció que había sido víctima de la astucia de los demandados para dejar á salvo sus derechos y acciones, les hizo saber por medio de Notario que la paralización de las labores le perjudicaba altamente, y que D. Claudio Carulla había obtenido bajo distinto nombre un nuevo registro de la mina, al cual debían oponerse, protestando si no lo hacían de todos los daños y perjuicios que se originasen, acudiendo al propio tiempo al Gobierno civil de Gerona, protestando del nuevo registro, cuya nulidad consiguió, salvando así su parte de propiedad en la mina; que la paralización de las obras perjudicaba los intereses del actor, tanto por los beneficios que producía la mina, cuanto porque la interrupción deterioraba notablemente la maquinaria y las galerías, destruyéndose además la complicada administración de una obra de esta naturaleza en todo lo relativo al ajuste de operarios, establecimiento de corresponsales y demás; que para la apreciación de los daños habría de valorarse la mina en el estado en que se encontraba cuando cesaron los trabajos y en el que á la sazón tenía, calculando lo que podría producir en una y otra época; que atendiendo además á que tan sólo había cobrado una pequeña cantidad á cuenta de sus honorarios como administrador y director de la mina, ejercitando las acciones real, personal y mixta, y protestando abonar pagos legítimos, pidió se condenase á los demandados: primero, á pagar al demandante la cantidad de 2.000 pesetas, que debió satisfacerle D. Manuel Torner, su causante, de quien eran herederos, junto con los intereses legales desde la contestación á la demanda; segundo, á reconocer que el demandante tenía derecho al salario de 500 pesetas mensuales ó al que fijase el Juzgado desde 15 de Julio de 1879 hasta 10 de Abril de 1884, debiendo deducirse la cantidad de 125 pesetas mensuales que cobró á cuenta, siendo el saldo que resultase de cargo de los propietarios de la mina *Carmen*, por partes iguales, debiendo los demandados satisfacerle dos terceras partes del saldo; y tercero, á la indemnización de daños y perjuicios, liquidación

reservada, por los actos y omisiones imputados á los demandados, explicados en la demanda y demás que se justificara, condenándoles también al pago de las costas:

Resultando que los demandados contestaron á la demanda, alegando: que D. Manuel Torner, por convenio privado de 10 de Julio de 1879, había adquirido á título de venta de Doña Ana Fontanet la mina en cuestión, convenio que fué elevado á escritura pública en 4 de Noviembre de dicho año, autorizada por el esposo de la vendedora, D. Miguel Guich, consignando que el precio de la venta era 4.000 pesetas, de las que confesó la vendedora haber recibido del comprador 2.000, quedando aplazada la otra mitad, que podía retener por el tiempo que tuviese por conveniente y entregarla en una paga ó varias, con tal que no bajaran de 500 pesetas, quedando el comprador libre del pago del canon mientras durasen las circunstancias previstas por la vigente ley de Minas; que en 1.º de Agosto de 1879 D. Manuel Torner declaró en documento privado que la mina de plomo denominada *Manuel*, lo mismo que la mina *Carmen*, eran suyas lo mismo que de D. Jaime Gustá y D. José Sala, por partes iguales en costas y beneficios, habiendo adelantado los gastos el repetido Torner; deduciéndose de lo expuesto que no era cierto que el demandante acreditase de D. Manuel Torner, y por consiguiente de sus herederos, la cantidad de 2.000 pesetas, como mitad del precio de la mina *Carmen*, que estaba conforme en las transmisiones de que había sido objeto de la mina, y por ello en que en el día pertenecía en cuanto á dos tercios á los demandados y en el restante tercio al demandante; y en que desde un principio los varios partícipes de la mina constituyeron una especie de Sociedad para su explotación, tomando cada uno de ellos á su cargo los trabajos más en armonía con sus aptitudes, y así como D. Manuel Torner se encargó de la dirección del negocio en Barcelona y D. José Sala desempeñó otras gestiones, D. Jaime Gustá se puso al frente de la explotación de la mina, esbleciéndose en Montrás, donde permaneció hasta que se paralizaron los trabajos, accediendo los demás interesados á que por vía de indemnización disfrutara de habitación en aquel lugar, percibiendo la suma de 125 pesetas mensuales, la cual consignó Gustá en las nóminas que entregaba á los demandados hasta la de 5 de Noviembre de 1882, con la expresión de *La Dirección por la mensualidad, 125 pesetas*; consignándola desde aquella fecha en la forma siguiente: A cuenta de mis honorarios, 125 pestas; que el demandante tenía, por tanto, cobrada la indemnización correspondiente, de acuerdo con los demás interesados en el negocio; pero que si así no fuese, sería fácil demostrar la escasísima importancia de los trabajos que el actor realizó, pues el resultado de aquel negocio fué enteramente ruinoso, hasta el punto de que el único partícipe que salió beneficiado fué el demandante, que percibió la cantidad mensual indicada y tuvo casa franca; pues en cuanto á los demandados, las cuentas arrojan pérdidas considerables, de que tenía que responder el propio actor; que aparte de que el demandante no justificaba el hecho de que los demandados se habían puesto de acuerdo con Carulla para la caducidad de la mina, el demandante consiguió la revocación del acuerdo, quedando todo en el mismo ser y estado que tenía antes, por lo cual no se le originaron perjuicios de ninguna clase; que D. Manuel Torner y sus herederos no tenían obligación de verificar anticipos, y aun admitiéndola como simple hipótesis, el negocio era tan ruinoso como lo probaban varias cartas obrantes en autos, y por consecuencia no podían haberse originado perjuicios al demandante, que prestó su conformidad á la paralización de los trabajos, que por otra parte podían acordar con plenitud de derechos los demandados, que constituían mayoría; que los demandados se habían mostrado siempre propicios á arreglar amistosamente estas cuestiones, habiéndose formalizado una es-

critura de compromiso nombrando amigables componedores que no habían podido dictar el fallo dentro del término convenido, negándose el demandante á conceder prórroga, prefiriendo la incoación de este juicio; de manera que subsistiendo la convención de resolver el asunto por medio de amigables componedores, por más que quedase sin valor la escritura de compromiso, nunca podían conocer los Tribunales de justicia de las reclamaciones deducidas en este pleito; que formulando además reconvención, alegaron que de las cuentas suscritas por Gustá, que principiaron en 20 de Enero de 1879 y terminaron en 5 de Enero de 1884, aparecía un saldo á favor de los demandados de 32.359 pesetas 54 céntimos, que constituían una pérdida, de cuya tercera parte, importante 10.786 pesetas 51 céntimos, debía responder D. Jaime Gustá; que continuándola los demandados desde dicho día hasta el 6 de Septiembre de 1886, aparecía un saldo á su favor de 39.974 pesetas 42 céntimos, de cuya tercera parte 13.320 pesetas 47 céntimos había de responder el demandante; que éste, según cuenta particular suya, tenía recibidas de los demandados y de su causante, en calidad de préstamo, hasta la cantidad de 2.400 pesetas 75 céntimos, restando también 143 pesetas de las 356 que recibió para verificar ciertos pagos, que ascendieron sólo á 213; y que habiéndose realizado por los demandados varios trabajos de defensa de la mina *Carmen* contra la nulidad de su concesión, en los que se realizaron gastos en cantidad de 1.030 pesetas 90 céntimos, correspondía abonar al demandante su tercera parte, que ascendía á 343 pesetas 63 céntimos; y oponiendo las excepciones de falta de acción y derecho, *pacti conventi*, y además, y utilizando las acciones así reales como personales dimanantes de la reconvención, pidieron se dictara sentencia absolviéndoles de la demanda, con imposición á Don Jaime Gustá de perpetuo silencio y costas; y condenando al propio demandante á abonar á los demandados, en el término de diez días: primero, la cantidad de 13.323 pesetas 47 centimos ó la que resultase de la liquidación, que era la tercera parte de la de 39.971 pesetas 42 céntimos, saldo que á favor de los demandados arrojaban las dos cuentas acompañadas; segundo, la de 2.460 pesetas 75 céntimos, importe de los varios préstamos hechos al mismo demandante por D. Manuel Torner y sus sucesores; la de 143 pesetas, sobrantes de las 356 que se le entregaron en 10 de Enero de 1872 para pagar la contribución de la mina *Manuela*; y cuarto, la de 343 pesetas 63 céntimos, tercera parte de la de 1.030 pesetas 90 céntimos que los demandados llevaban invertida en defensa de la demarcación minera *Carmen* contra la declaración de nulidad de su respectivo expediente de concesión, así como á tener que abonar á los propios demandados en una tercera parte y á medida que fueran ocurriendo los ulteriores gastos que ocasionase la expresada defensa hasta la resolución definitiva de los recursos pendientes bajo las reservas de las acciones cualquiera que fuera su clase, que nacieran del hecho de haber indebidamente retenido el demandante el resto de 143 pesetas que se le reclamaba:

Resultando que los demandantes replicaron, alegando: que de los documentos producidos por ambas partes resultaba que D. Manuel Torner y sus herederos habían sufragado los gastos de la mina y percibido sus rendimientos sin reclamación por su parte contra el demandante para que les ayudara á sufragar aquéllos, de lo cual se desprendía que realmente existió el contrato mencionado en la demanda, pues nada como los actos posteriores á los contratos era la mejor explicación de los mismos; que antes de la presentación de la demanda, y prescindiendo de las cuestiones que se sujetaron á los amigables componedores, los demandados no habían reclamado el pago de cantidad alguna, de modo que en el requerimiento que el demandante les hizo, no sólo no contestaron reconociéndole, sino que no le dieron respuesta alguna, lo cual también significaba que siem-

pre entendieron que todos los gastos debían venir á su cargo, no habiendo habido acuerdo para la cesación de los trabajos, y antes, por el contrario, protesta por su parte; que estaba dispuesto á reconocer los pagos que los demandados hubiesen verificado, siempre que acreditasen que hubieran servido para la mina y en utilidad común; que respecto á la cuestión particular, ofrecía reconocer cuantas partidas fueran de abono, para que se tuviera en cuenta el día en que hubiera de hacerse la liquidación definitiva, pero que había algunas partidas, tales como las que se referían á entregas hechas á cuenta de los beneficios de la mina, que no debían ser reembolsadas, por cuanto correspondían en una tercera parte al demandante, y cuando los demandados se las entregaron era señal evidente que había beneficios á repartir; que las 356 pesetas á que se refería la reconvención venían incluídas en el descargo de la nómina núm. 15, producida por los demandados, y como se practicó una la liquidación en 5 de Enero de 1884, fecha muy posterior, de nada debía responder; y que los trabajos de defensa de la mina *Carmen*, por efecto de la negligencia de los adversantes, deberían venir á su cargo:

Resultando que suministradas por las partes pruebas de posiciones y testigos, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia confirmatoria con las costas en 19 de Febrero de 1890, absolviendo á los consortes D. Manuel Carreras y Torner y á Doña Beatriz Casas y Torner, y á Doña Dorotea Casas y Torner de la demanda contra ellos deducida por D. Jaime Gustá y Barris, condenando á éste á que pague á dichos demandados, dentro del término de diez días, la cantidad de 13.330 pesetas 26 céntimos, tercera parte del saldo resultante á su favor por desembolsos hechos para el laboreo, devolución de los adelantos que expresaba la cuenta particular firmada y reconocida por D. Jaime Gustá, y mayor cantidad recibida por el mismo para pago de contribución de lo satisfecho por este concepto:

Resultando que D. Jaime Gustá y Barris ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que en cuanto la sentencia recurrida absuelve á los demandados de la reclamación relativa al abono de 2.000 pesetas, mitad de precio en que fué vendida la mina *Carmen*, fundándose en el contenido de la escritura de 4 de Noviembre de 1879, en la que Doña Ana Fontanet confesó haber recibido con anterioridad la expresada cantidad, infringe la ley del contrato, según la cual, los contratos sólo obligan á las partes que los otorgan, por cuanto la manifestación hecha por Doña Ana Fontanet no podía perjudicar al recurrente, que era quien debía percibir las 2.000 pesetas en cuestión; y la doctrina legal establecida, entre otras sentencias de este Supremo Tribunal, en las de 22 de Mayo y 6 de Octubre de 1883 y 25 de Febrero de 1884, de que las pruebas practicadas en un juicio deben apreciarse en su conjunto sin fijarse tan sólo en un elemento determinado, por cuanto la sentencia se fijaba en la declaración contenida en la escritura por Doña Ana Fontanet, prescindiendo de las otras pruebas que demostraban la inexactitud de dicha manifestación:

2.º En cuanto la sentencia recurrida absuelve á los demandados de la reclamación relativa al abono del saldo que resulte, computando á favor del recurrente por los trabajos de explotación de la mina *Carmen* el sueldo de 500 pesetas mensuales, previa la liquidación á que había hecho referencia al hablar de la súplica de la demanda, fundándose en que D. Jaime Gustá se databa tan sólo en los libros la cantidad de 125 pesetas cada mes, y en que no se había justificado que los herederos de D. Manuel Torner convinieron en retribuir con mayor suma su gestión, infringe la doctrina legal sentada, entre otras sentencias, en la de 22 de Junio de 1871, de que cuando se verifica un convenio para la ejecución de servicios y no se se-

ñala el precio de ellos, debe estarse á la costumbre para su apreciación, por cuanto no había mediado convenio particular entre el recurrente y los demás partícipes de la mina; el principio de derecho de que nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro, por cuanto la sentencia reconocía como probado el hecho de que el recurrente dirigió la explotación de la mina, y el principio de derecho de que en todos los actos de la vida debe atenderse al objeto de los mismos y á la intención del que los ejecuta, y el de que es una regla general de interpretación que las palabras deben entenderse en su sentido gramatical propio y genuino, por cuanto el hecho de que el recurrente se datase en los libros que llevaba 125 pesetas mensuales, no envolvía un reconocimiento de que sus trabajos no valieran más, máxime si se tenía en cuenta que no teniendo bienes de fortuna para vivir, necesitaba datarse algo para los gastos de la vida:

Y 3.° Que al condenar á D. Jaime Gustá al abono de 13.330 pesetas 26 céntimos, aun suponiendo que no sea indefinida la obligación contraída por D. Manuel Torner de anticipar los fondos necesarios para la explotación, infringe la ley del contrato, según la cual, habiéndose obligado los dos socios capitalistas de la mina á costear los gastos necesarios para su explotación, claro estaba que sus desembolsos constituían un crédito á su favor contra el recurrente; pero este crédito, por lo mismo que obedecía á una obligación contraída por D. Manuel Torner, no era exigible al recurrente mientras la Sociedad subsistiera, pues de lo contrario sería un préstamo hecho á éste; porque si D. Manuel Torner se hubiese obligado á adelantar la parte de gastos correspondientes á D. Jaime Gustá, la declaración de la sentencia tendría razón de ser; pero desde que el recurrente no tenía bienes de fortuna y aquél se obligó á suministrar los fondos necesarios para la explotacion, estos desembolsos sólo podrían reintegrarse al liquidarse ó disolverse la Sociedad, ó á lo más, con beneficios obtenidos en la explotación, que era precisamente lo que se había venido haciendo desde 1879, no viniendo comprendidas en este motivo de casación las cantidades que efectivamente eran entregas hechas al recurrente á cuenta de beneficios.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que los dos primeros motivos de este recurso se dirigen á contradecir la apreciación de las pruebas documental, pericial y testifical hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, sin invocar el núm. 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni alegar leyes ó doctrinas relativas al valor de las pruebas que hayan podido infringirse con dicha apreciación, ni tampoco error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador:

Y considerando además que no infringe la ley del contrato, invocada en el tercer motivo, al condenar al recurrente á reintegrar la parte proporcional que le corresponde de lo adelantado por los recurridos y sus causahabientes para el laboreo de las minas, puesto que ni el contrato de 1.° de Agosto de 1879, en que se le reconoció una partición en dichas minas, ni el hecho de haber aquéllos anticipado los fondos necesarios para el laboreo, ni el de no haberle reclamado su parte de esos gastos hasta la contestación á la demanda, permiten suponer que los sucesores de D. Manuel Torner vienen obligados á seguir supliendo esos gastos sin limitación de tiempo y cantidad, ni tampoco que hayan renunciado el derecho de reclamar de Gustá la parte que le correspondía en ellos, como había de corresponderle en los beneficios;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Jaime Gustá y Barris, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que sa-

tisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 30 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Junio del mismo año.)

136

Recurso de casación (30 de Abril de 1891).—Sala primera.—*Tercería de dominio y de mejor derecho.* — Ha lugar al interpuesto por D. Ramón Prieto y otros en pleito con D. Francisco Flores y otra (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que quien recibe mercaderías por cuenta de otro admite un depósito irregular que le transmite el señorío de ellas, al tenor de lo prescrito en la ley 2.ª, título 3.º, Partida 5.ª, quedando, en cambio, obligado, según lo pactado en la correspondiente escritura, á devolver al depositante las mercaderías recibidas ó el valor señalado en el contrato á cada una de las que hubieran desaparecido del depósito, ya por haberse vendido mediante autorización del primitivo dueño, ya por otras causas imprevistas, sin exceptuar ninguna de tales causas, y á indemnizarle del menor valor que tuvieran las que devolviese con roturas ó quebrantos, previa regulación de esta diferencia por peritos en defecto de acuerdo de los interesados:

Que el pago de las deudas procedentes de esta clase de depósitos es preferente al de cualquiera otra deuda que no sea de las enumeradas por vía de excepción á esta regla en la ley 9.ª del propio título y Partida:

Que el privilegio del acreedor hipotecario, según el art. 105 de la ley de 8 de Febrero de 1881, se limita á las cosas dadas en garantía de la obligación contraída por el deudor, quedando respecto á los demás bienes del mismo, en concurrencia con otros acreedores, en la condición y lugar que le corresponda atendida la naturaleza de su crédito:

Que, según tiene repetidamente declarado el Tribunal Supremo, es preferido entre varios acreedores escriturarios el primero en tiempo.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Abril de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de la Coruña y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Emeterio Prieto y Rivas y Doña Angela Carballo y Alvarez, heredero y viuda respectivamente de D. Antonio Prieto y Puga, y luego por cesión de derechos de la Doña Angela y fallecimiento del D. Emeterio por los hijos y herederos de éste Don Ramón Prieto y Puga, comerciante, vecino de la Coruña, D. José Viazcochea y Otero, Secretario de la Junta de Instrucción pública de la provincia, como marido de Doña Sebastiana Prieto y Puga, de la misma vecindad, y Doña Clotilde, Doña Rita y Doña Luisa Prieto y Puga, propietarias, vecinas de Junquera de Ambía, con D. Francisco Flórez y López, maestro herrero, vecino de la Coruña, y con los estrados de los Tribunales por la rebeldía de Doña Petra Ponte y Pereira, sobre tercería de dominio y de mejor derecho; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandantes, dirigidos y representados por el Licenciado D. Manuel Pedregal y el Procurador D. Celestino Armiñán, habiéndolo estado Flórez por el Letrado D. Manuel Linares y el Procurador D. José de Castro y Quesada:

Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de la Coruña D. Manuel Devesa, en 30 de Septiembre de 1885, D. Francisco Flórez y López y D. Antonio Prieto y Puga dijeron que este último había entregado

al primero en distintas épocas y partidas la cantidad de 349.717 reales 65 céntimos, equivalentes á 87.429 pesetas 41 céntimos, con el objeto de que surtiera su establecimiento de ferretería y cerrajería, sito en la plaza de Oriente de aquella ciudad; adquiriendo al intento efectos y materiales del uso y aplicación de la citada industria que conservaba en dicho establecimiento, y cuyo pormenor con el precio de cada partida se detallaron, expresando ser los existentes en el comercio y almacén: 14 azuelas de pie á 10 reales, importantes 140; 12 ídem de mano á 10, 120; 100 argollas grandes de tuerca á un real 50 céntimos, 150; 37 azadones á 12 reales 75 céntimos, 471 con 75, y otras muchas partidas de diferentes especies, cuyo valor total ascendía á 176.557 reales y 65 céntimos; y en el taller varias máquinas y útiles que también se detallaron con su valor ascendente en junto á 173.160 reales, que sumados al impor-e antes consignado de los géneros de la tienda y almacén daban la cantidad al principio dicha de 349.717 reales y 65 céntimos; que Flórez reconocía como de la propiedad del D. Antonio Prieto y Puga todos los efectos inventariados, puesto que del mismo procedía el capital invertido en su adquisición y construcción, no obstante cuyo explícito reconocimiento, dicho Flórez continuaría al frente de tales existencias y objetos en calidad de depositario, en cuyo sentido los dejaba en su poder D. Antonio Prieto y Puga, con arreglo á las siguientes bases: primera, dichas existencias se tendrían siempre como de propiedad exclusiva del D. Antonio Prieto y Puga; segunda, quedaban á la libre voluntad de éste la duración del depósito que constituía sin abonarse por razón del mismo interés alguno, sin perjuicio de que por el capital de los 349.717 reales 65 céntimos lo señalaran separadamente las partes, así como las garantías que tuvieran por conveniente; tercera, atendido el carácter de depositario de Flórez no podría disponer de ninguno de los efectos inventariados sin la anuencia del D. Antonio Prieto y Puga, el cual, en el caso de optar por la venta de alguno de ellos, facilitaría una nota ú orden á Flórez para que éste los vendiera por sí ó á su prudente arbitrio, indemnizando del importe y sirviéndole de data y compensación cuando se levantara el depósito, sin perjuicio de que el D. Antonio Prieto y Puga reconociera periódicamente las existencias y ordenara sobre su ulterior conservación, en inteligencia de que habían de tenerse siempre como propias del mismo; y quinta, Flórez se obligó á devolverle dichos efectos inventariados en el instante en que se lo exigiera, con abono, además, de los que por cualquiera causa desaparecieran, y á indemnizarle por las roturas ó quebrantos que sufrieran, según el precio de cada partida, y si no estuviesen conformes á regulación de peritos, pena de ejecución y apremio, á tenor de lo prescrito para la ejecución de sentencias firmes, y sin perjuicio también de la responsabilidad criminal en que podía incurrir si faltase á la fidelidad y lealtad del depósito:

Resultando que por escritura de 3 de Mayo de 1886, ante el mismo Notario de la Coruña D. Manuel de la Devesa, confesó D. Francisco Flórez deber á Doña Petra Ponte Pereira 40.000 reales ó 10.000 pesetas que le había prestado con anterioridad, y se obligó á devolver dicha suma en término de un año, hipotecando en garantía un edificio destinado á taller de herrería, carbonería y jardín, situado en la calle de Fontán, de la Coruña, y un solar en la misma ciudad, zona 7.ª del campo de Carballo:

Resultando que fallecido D. Antonio Prieto y Puga, y declarado heredero suyo abintestato su padre D. Emeterio Prieto Rivas, éste y la viuda de aquél demandaron de conciliación en 14 de Agosto de 1886 á D. Francisco Flórez para que les entregara los efectos depositados en su poder, según la escritura de 30 de Septiembre del año anterior, contestando el demandado que no podía acceder á la demanda en los términos que se formulaba, y que estaba pronto á practicar una liquidación y atenerse á su resul-

tado; liquidación que según parece se practicó en 25 del mismo mes de Agosto de 1886, apareciendo de ella ser Flórez deudor de la cantidad de 209.119 reales y 7 céntimos, después de lo cual en 31 de Octubre del citado año ocurrió un incendio en los talleres de aquél, formándose con tal motivo por la Sociedad aseguradora El Fénix Español y La Unión un expediente en que fueron tasados los objetos y mercancías que se dijo ser de la propiedad exclusiva de los herederos de D. Antonio Prieto y Puga, sin constar intervención ó acuerdo de éstos en el nombramiento de peritos depositados en dicho edificio, ascendiendo los daños en ellos sufridos por todos conceptos á 19.694 pesetas y 35 céntimos; practicándose también tasaciones de efectos como de la propiedad de Flórez:

Resultando que en 2 de Noviembre siguiente D. Emeterio Prieto Rivas y Doña Angela Carballo solicitaron se decretara embargo preventivo contra los bienes de Flórez por los 209.119 reales y 7 céntimos, sus intereses y rentas, presentando luego en 4 del inmediato mes de Diciembre demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, con la solicitud de que se declarara ser aquél deudor á la herencia de D. Antonio Prieto y Puga de la antedicha cantidad, según liquidación de 25 de Agosto, y se le mandara entregar los efectos depositados en su poder conforme á la escritura de 30 de Septiembre de 1885 hasta cubrir aquella suma si existían, ó en su defecto la expresada cantidad en metálico é intereses legales desde la mora:

Resultando que el repetido D. Francisco Flórez contestó á la enunciada demanda el 28 de Marzo de 1887, pidiendo se le absolviera de ella en cuanto se solicitaba que se le declarase deudor de la expresada suma, según liquidación de 25 de Agosto de 1886, y se le tuviera por conforme con la entrega de los efectos depositados hasta cubrir aquélla, según la escritura de 30 de Septiembre de 1885, en cuyo extremo se allanaba á la demanda, y que por vía de reconvención se condenara á los actores á que le abonaran como recibidos, y por su valor total los efectos completamente destruídos en el incendio de sus talleres y tienda, y recibieran los averiados también por el valor con que figuraban en la escritura de constitución del depósito, teniendo presente para la designación de unos y otros los que aparecían del expediente instruído por las Compañías de seguros La Unión y El Fénix reunidos y La Urbana; declarándose de cuenta de los mismos actores los daños y perjuicios que los efectos depositados pudieran experimentar desde la fecha de aquella contestación, y condenándoseles á satisfacer los gastos, custodia y conservación desde igual fecha hasta la entrega:

Resultando que antes de que Flórez presentara en aquel pleito el escrito que se acaba de mencionar, ó sea en 22 de Marzo de 1887, Doña Petra Ponte y Pereira dedujo contra él demanda ejecutiva, basada en la escritura de préstamo de 3 de Mayo de 1885, y despachada la ejecución, librado en 1.º de Abril el siguiente mandamiento; en el propio día y los consecutivos se embargaron á Flórez varios inmuebles y además un caballo y porción de efectos de su establecimiento, todos los cuales fueron anunciados á subasta pública bajo el tipo de 11.771 pesetas 44 céntimos:

Resultando que el día antes del señalado para dicha subasta D. Emeterio Prieto Rivas y Doña Angela Carballo interpusieron contra Flórez, como ejecutado, y contra su suegra Doña Petra Ponte, como ejecutante, la demanda de la presente tercería, pidiendo se suspendiera la subasta anunciada de los efectos muebles embargados á Flórez, y en definitiva se declarara que debían ser excluídos del embargo los de la propiedad de D. Antonio Prieto y Puga por él depositados en poder de aquél, y que los demandantes tenían preferente derecho á reintegrarse del crédito escriturario contra él ejecutado con el valor en venta de los que resultara ser de propiedad del mismo; y al efecto, además de hacer mención de la escritura

de 30 de Septiembre de 1885, del fallecimiento de D. Antonio Prieto y Puga, de la declaración de heredero suyo á favor de su padre D. Emeterio Prieto Rivas, de la demanda de conciliación á Flórez, de la liquidación del depósito y posterior reclamacion en juicio del importe resultante de ella, alegaron también que D. Antonio Prieto y Puga y después sus herederos habían tratado repetidas veces de levantar el depósito de casa de Flórez, pero siempre las súplicas y promesas de éste lo habían demorado, siendo cada día más necesario hacerlo si habían de salvarse los intereses del Prieto y Puga de la inminente ruina que con inmensas dificultades estaba conteniendo Flórez; que en la escritura otorgada en 3 de Mayo de 1886 con su madre política Doña Petra Ponte, Flórez hipotecó solamente el edificio y el solar en ella expresados; pero no muebles ni efectos algunos, los cuales tampoco se habían dado separadamente en prenda; que Flórez había señalado para el embargo en el juicio ejecutivo instado por Doña Petra todos cuantos efectos había en su establecimiento, por valor muy superior á la cantidad allí demandada, los cuales eran los mismos depositados en poder de Flórez por D. Antonio Prieto y Puga, á quien pertenecían en propiedad, según la escritura de 30 de Septiembre de 1885; que aun cuando algunos de ellos no se pudieran identificar con los depositados, y aun cuando no se considerara existente el depósito, siempre la casa Prieto y Puga resultaría con un crédito preferente para su reintegro procedente de las sumas en metálico y materiales dados para su construcción, preferencia que se había tratado de burlar, así como de hacer inútil é ineficaz la acción por dicho caso, ejercitado en el pleito ordinario que había incoado, como lo demostraban la actividad desplegada en la ejecución, y el ser la ejecutante madre política del ejecutado Flórez y el Letrado de aquélla en la ejecución el mismo de éste en el expresado pleito:

Resultando que citados y emplazados Flórez y Doña Petra Ponte, no comparecida ésta se mandó entender el procedimiento con los estrados respecto de la misma; y habiendo fallecido D. Emeterio Prieto Rivas, fueron declarados herederos suyos sus hijos D. Ramón, Doña Sebastiana, Doña Rita, Doña Clotilde y Doña Luisa Prieto y Puga; á favor de quienes renunció por escritura pública Doña Angela Carballo sus derechos en la herencia de su marido D. Antonio Prieto y Puga, personándose y siendo tenidos aquéllos como parte en los autos:

Resultando que D. Francisco Flórez impugnó la demanda fundado, entre otras alegaciones, en no haber sido embargados todos los efectos existentes en su establecimiento ni por valor superior á la responsabilidad exigida en la ejecución, no siendo tampoco ninguno de ellos de los depositados en su poder por D. Antonio Prieto y Puga, á quien éstos pertenecían en propiedad, según la escritura de 30 de Septiembre de 1885, en que, con una contradicción que revelaba el propósito de la demanda, los actores se suponían acreedores de aquello mismo de que se llamaban dueños; y con un crédito que decían ser preferente, sin expresar la razón, y que en el pleito declarativo, lejos de oponerse Flórez á la devolución del depósito, la pidió desde el primer momento:

Resultando que recibido el juicio á prueba, la practicaron ambas partes, y el Interventor de la Aduana de la Coruña, como uno de los extremos de la del demandado, certificó que desde 30 de Septiembre de 1885 hasta 17 de Julio de 1888 había introducido aquél varias partidas de géneros de ferretería, cerrajería y otros análogos; y á virtud de auto para mejor proveer, un perito declaró haber reconocido, en cuanto era compatible con la forma en que estaban colocados, los efectos embargados á Flórez, por no habérsele señalado otros, deduciendo sintéticamente que la mayoría de ellos debía proceder del depósito hecho por la escritura de 30 de Septiembre de 1885; y que acusando deficiencias por resultado de su reconoci-

miento y de la comparación de las diligencias de embargo y de entrega al nuevo depositario, estimaba prudencialmente y en conjunto podrían valer á la sazón sobre 6.000 pesetas:

Resultando que continuado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña dictó en 9 de Junio del año último sentencia revocatoria, declarando no haber lugar á la demanda de tercería de dominio y mejor derecho propuesta, absolviendo de la misma á los demandados D. Francisco Flórez y Doña Petra Ponte, y alzando la suspensión del juicio ejecutivo á que se refería, sin expresar condena de costas de primera ni de segunda instancia:

Resultando que D. Ramón, Doña Rita, Doña Clotilde y Doña Luisa Prieto y Puga y D. José Viazcochea, como marido de Doña Sebastiana Prieto y Puga, ha interpuesto recurso de casación, citando como infringidos:

1.º Al declarar que no ha lugar á la demanda de preferente derecho para cobrar el importe de la deuda que procede del depósito irregular constituído en poder de D. Francisco Flórez, según la escritura de 30 de Septiembre de 1885, porque el depósito consistió en cosas que se contaron, determinando la clase á que correspondían y su valor, sin que sea posible individualizar cada una de las mercaderías depositadas; las leyes 2.ª, tít. 3.º y 9.º, y 9.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, la primera de las cuales dice: «que el señorío é la tenencia de la cosa que es dada en guarda non pasa á aquel que la rescibe, fueras ende si fuesse de aquellas que se pueden contar, ó pesar, ó medir, si cuando la rescibiese le fuesse dada por cuenta, ó por peso, ó por medida, ca estonce pasaría el señorío á él, pero sería tenudo de dar aquella cosa ó otro tanto; é á tal como aquello que rescibió al que se la dió en guarda»; y la segunda establece que «tal privillejo han las cosas que se suelen é pueden contar, ó pesar ó medir que son dadas en conderijo, que primeramente deben entregar é pagar las cosas que fuesen encomendadas, que ninguno de los otros debidos que deviesse el finado. Fuera si ante que aquellas cosas oviesse rescibido en guarda oviesse fecho algún debido porque oviesse obligado señaladamente todos sus bienes ó parte dellos; ca estonce ante pagaría el debido que oviesse que aquello que asi oviesse recebido en guarda»; en el sentido de que las mercaderías que retuvo en depósito D. Francisco Flórez 14 azuelas de pie á 10 reales; 100 argollas grandes de tuerca á un real y 50 céntimos; 37 azadones, etc., etc., no son cosas cuyo señorío conserve su dueño en la forma que determina la primera ley citada, pues fueron contadas, y por tanto, está obligado el depositario á dar las cosas que recibió, y en su defecto «otro tanto é atal como aquello que rescibió»; siendo de aplicar el precepto de la última de dichas leyes, toda vez que la deuda contraída por Flórez contra Doña Petra Ponte es de fecha 3 de Mayo de 1886, y por tanto, por tenor al depósito de 30 de Septiembre de 1885:

2.º El principio de derecho, según el cual entre acreedores comunes de igual clase, lo mismo que entre los acredores igualmente privilegiados, se prefiere el primero en tiempo; principio que, respecto á los acreedores quirografarios, aparece claramente expresado en la ley 5.ª, tít. 24, libro 10 de la Novísima Recopilación, y que se aplica con mayor extensión á los herederos escriturarios y privilegiados, según doctrina consagrada por este Tribunal Supremo en sentencias de 8 de Marzo de 1879 y 2 de Abril de 1869, en el sentido de que habiéndose obligado D. Francisco Flórez por la escritura de 30 de Septiembre de 1885 á pagar el importe de las mercaderías depositadas que no pudiera entregar por haberlas vendido ó porque desaparecieran por otras causas imprevistas, esta es una obligación consensual, que por lo menos se halla en las mismas condiciones que la contraída con Doña Petra Ponte, aparte la hipoteca constituída en favor de esta última, y el carácter de depósito irregular origen del crédito de los re-

currentes; y así, pues, dirigiéndose Doña Petra contra bienes que no fueron hipotecados ni podían serlo aun en el caso de que los herederos de Prieto y Puga no fueran acreedores preferentes por razón del depósito constituído en 30 de Septiembre de 1855, se trata de acreedores comunes escriturarios, y tienen mejor derecho dichos recurrentes por la prioridad de tiempo, puesto que la escritura otorgada con Doña Petra Ponte es de 3 de Mayo de 1886, fecha posterior á la del depósito:

Y 3.º Los artículos 105 y 106 de la ley Hipotecaria, conforme á los cuales el crédito hipotecario tiene ese carácter tan sólo en relación con los bienes sobre que se imponen las hipotecas, y sólo pueden ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables, toda vez que se denegó el preferente derecho de los recurrentes por haber atribuído el carácter de hipotecario al crédito de Doña Petra Ponte, cuando el juicio de tercería tiene por objeto bienes distintos de los que fueron hipotecados por la escritura de 3 de Mayo de 1886 para seguridad de la obligación contraída con aquélla, siendo á los que se refiere la tercería muebles, sobre los cuales no habría sido dable que se constituyera la hipoteca.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña.

Considerando que al recibir por cuenta D. Francisco Flórez las mercaderías reseñadas en la escritura de 30 de Septiembre de 1885, admitió en depósito irregular que se transfirió el señorío de ella al tenor de lo prescrito en la ley 2.ª, tít. 3.º de la Partida 5.ª, quedando en cambio obligado, según lo pactado en la misma escritura, á devolver al depositante las mercaderías recibidas ó el valor señalado en el contrato á cada una de las que hubieran desaparecido del depósito, ya por haberse vendido mediante autorización del primitivo dueño, ya por otras causas imprevistas, sin exceptuar ninguna de tales causas, y á indemnizarle del menor valor que tuvieran las que devolviese con roturas ó quebrantos, previa regulación de esta diferencia por peritos en defecto de acuerdo de los interesados:

Considerando que el pago de las deudas procedentes de esta clase de depósitos es preferente al de cualquiera otra deuda que no sea de las enumeradas por vía de excepción á esta regla en la ley 9.ª del propio título y Partida; que el privilegio del acreedor hipotecario, según el art. 105 de la ley de 8 de Febrero de 1861, se limita á las cosas dadas en garantía de la obligación contraída por el deudor, quedando, respecto á los demás bienes del mismo, en consecuencia con otros acreedores, en la condición y lugar que le corresponda, atendida la naturaleza de su crédito; que según tiene repetidamente declarado este Tribunal Supremo, entre otras, en las dos sentencias invocadas por el recurrente, es preferido entre varios acreedores escriturarios el primero en tiempo; y que procediendo el crédito de los herederos de Prieto y Puga de un depósito constituído por escritura pública, siendo además de ello anterior en tiempo al de Doña Petra Ponte, y dirigiéndose la tercería de mejor derecho deducida por aquéllos no contra los bienes hipotecados á la misma, sino contra los demás muebles embargados á su instancia al deudor común, debió estimarse y no se ha dado lugar á ella, se han infringido las leyes y doctrinas anteriormente expuestas que se invocan en apoyo de los tres motivos de este recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ramón, Doña Rita, Doña Clotilde, Doña Luisa Prieto y Puga y D. José Viazcochea, como marido de Doña Sebastiana Prieto y Puga; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 9 de Junio del año último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en lo que ha sido objeto del mismo recurso, ó sea en cuanto por aquélla se desestimó la tercería de preferente derecho deducido en los presentes autos.—(Sentencia publicada el 30 de Abril de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Junio del mismo año.)

137

Competencia (5 de Mayo de 1891).—Sala tercera.—*Rescisión.*—Se decide en favor del Juez de primera instancia del distrito del Este de Madrid la sostenida con el de igual clase del distrito de la Merced de Málaga, acerca del conocimiento de la demanda interpuesta ante el primero por D. Ramón López contra D. Rafael Levenfeld, y se resuelve:

Que según el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, es Juez competente el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, puede hacerse el emplazamiento:

Que tratándose de una demanda sobre rescisión de un contrato de cesión de pertenencias mineras, es Juez competente para conocer de la misma el del lugar donde se perfeccionó el contrato por el otorgamiento de la escritura, y donde aquél se cumplió en su parte principal, quedando en el acto del otorgamiento á disposición del cesionario la partición de pertenencias sociales cedidas, y entregando él mismo el precio ó cantidad convenida.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Mayo de 1891, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juez de primera instancia del distrito de la Merced de Málaga, al de igual clase de la circunscripción del Este de Madrid, sobre conocimiento de la demanda deducida ante el último por D. Ramón López Falcón, que ha comparecido en este Supremo Tribunal, representado por el Procurador D. Antonio Bendicho, y defendido por el Licenciado D. Francisco Pleguezuelo, contra D. Rafael Levenfeld y García, y en su nombre el Procurador D. Carlos de Santiago, bajo la dirección del Letrado D. Trinitario Ruiz Capdepón, sobre rescisión de un contrato:

Resultando que D. Rafael Levenfeld y García, vecino de Almería y con residencia accidental en Málaga, otorgó una escritura de mandato en esta ciudad á 25 de Noviembre de 1886, por la que, teniendo convenida con D. Ramón López Falcón la compra de una participación de 20 por 100 en la Sociedad comanditaria que giraba en Madrid bajo la razón de Moreno y Compañía, confirió el poder necesario para el otorgamiento de la escritura de compra á D. Manuel Morales Prell por el precio y en la forma que concertase, según las instrucciones que le tenía comunicadas, haciendo se consignasen las cláusulas y requisitos legales:

Resultando que con fecha en esta corte á 8 de Diciembre de 1886, otorgaron escritura D. Ramón López Falcón, vecino de la misma, y D. Manuel Morales Prell, como apoderado de D. Rafael Levenfeld y García, por la cual el primero hizo cesión al segundo de una participación del 20 por 100 anual que le correspondía del capital de 500.000 pesetas que constituía la Sociedad comanditaria titulada Moreno y Compañía, domiciliada en esta corte, y que tenía por objeto la realización de las obras de prolongación del dique de Poniente del puerto de Almería, estipulándose además que por consecuencia de tal cesión Levenfeld quedaba dueño, sin restricción alguna, de cuantos derechos, acciones y obligaciones correspondían á D. Ramón López en dicha Sociedad, si bien sujetándose á los pactos que contenía la escritura social; que el precio de la cesión era de 58.400 pesetas, á saber: 42.400 pesetas, por los títulos de la Deuda del 4 por 100 amortizable que constituían la primera parte de la fianza al cambio de 85

por 100; y 16.000 pesetas como valor de la quinta parte del material y derechos que adquiría Levenfeld, el cual entregaría además en aquel acto á López Falcón 26.600 pesetas por la quinta parte del dinero en Caja y libramientos á cobrar que la Sociedad Moreno y Compañía tenía en 25 de Noviembre del mismo año, y para el caso de que dicha Sociedad llegase á cobrar libramientos por obras ejecutadas que excedieran de 3 millones de pesetas, y cubierta esta suma, quedaba obligado á satisfacer también al cedente López el 1 ¼ por 100 de su importe, debiendo abonarlo en metálico y á medida que lo fuesen realizando, consignándose, por último, que este abono de 1 ¼ por 100 se entendía tan sólo con relación á las obras y contratas que la Sociedad estaba ejecutando en el dique de Poniente del puerto de Almería, á los presupuestos adicionales que sobre las mismas pudieran formarse ó el abono de reclamaciones ó pago de material en caso de rescisión de la contrata; pero nunca con relación á cualesquiera otras obras ó contratas que la Sociedad tomara á su cargo; así como también que en el caso de que la Sociedad por cualquier motivo llegase á rescindir el contrato pendiente, ó que dichas obras no llegasen á alcanzar un valor de 3 millones de pesetas, tampoco podría hacer ninguna reclamación Don Ramón López Falcón por el derecho al 1 ¼ por 100; en cuyos términos quedaba ultimado dicho contrato; y cumpliendo por su parte D. Manuel Morales, en representación de D. Rafael Levenfeld, lo convenido, entregó en el mismo acto del otorgamiento de aquella escritura á López Falcón las 58.400 pesetas en que consistió el precio, y las 26.600 pesetas por la quinta parte del dinero en Caja y libramientos á cobrar:

Resultando que fundado D. Ramón López Falcón en los hechos expuestos, y en que consideraba lesivo el contrato celebrado en la citada escritura; y alegando que el párrafo primero del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil en los juicios en que se ejerciten acciones personales atribuye en primer término la competencia al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, ejercitando la acción personal correspondiente, dedujo demanda en 5 de Diciembre de 1890, que tocó por repartimiento al Juez de primera instancia de la circunscripción del Este de esta corte, para que se declarase lesivo y rescindido en su caso el contrato de 8 de Diciembre de 1886, en cuya virtud cedió el demandante á D. Rafael Levenfeld la participación del 20 por 100 que le correspondía en la Sociedad comanditaria Moreno y Compañía; condenando al cesionario á que abonara al demandante la diferencia que existía entre las 16.000 pesetas que éste percibió como valor de la quinta parte del material y de los derechos transmitidos á Lavenfeld y el derecho ó justo precio constituído por 62.489 pesetas 48 céntimos, verdadero valor de la quinta parte del material, y 65.000 pesetas próximamente, efectivo, importe en que debieron estimarse á la fecha de la cesión los derechos adquiridos por el repetido cesionario, á parte de lo que además pudiera corresponderle si las obras excedían de 3 millones de pesetas, lo cual fué objeto de un pacto especial, ó á que le devolviera, quedando entonces rescindido el contrato, la referida participación de 20 por 100, con todo lo que hasta la fecha de la devolución hubiese percibido en virtud de los derechos que aquél le cediera, descontadas las 16.000 pesetas que el demandante vendría obligado á devolver:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Rafael Levenfeld, y emplazado en la ciudad de Málaga, á su instancia, y oído el Ministerio fiscal, el Juez del distrito de la Merced de aquella capital, á quien correspondió en turno, se declaró competente para conocer de la demanda, y en su virtud acordó requerir de inhibición al de Madrid, fundándose para ello en que se ejercitaba la acción civil personal de rescisión de un contrato para cuyo cumplimiento no se fijó lugar; que cuando no existía sumisión de las partes ni lugar señalado para el cumplimiento de un contrato

y sus incidencias, utilizando la acción personal, como sucedía en este caso, la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil atribuye la competencia al Juez del domicilio del demandado, en el caso de que no sea emplazado en el lugar donde dicho contrato se celebrara; y que habiendo sido emplazado D. Rafael Levenfeld en aquella ciudad de Málaga, donde tenía su domicilio, correspondía á aquel Juzgado, y no al del Este de Madrid, el conocimiento de la demanda deducida por D. Ramón López Falcón:

Resultando que el Juez de esta corte, después de haber oído al demandante y al Ministerio fiscal, se negó á la inhibición y sostuvo su competencia, por considerar: que el contrato llamado de cesión es una verdadera compraventa en que se transmitía el dominio de una cosa por cierto precio; que á la acción de rescisión ejercitada era aplicable la regla 1.ª del artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, según la cual, es Juez competente en primer término el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y sólo á falta de éste entraba á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento; que la parte primera del art. 62 no decía en donde se hubiera pactado el cumplimiento, sino en donde éste debiera tener lugar; que á falta de sumisión expresa ó tácita, era así bien, en primer término, Juez competente en los juicios en que se ejercitaban acciones personales, como lo era el del que se trataba, el del lugar en que debía cumplirse la obligación, conforme á la regla primera invocada del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, y este lugar, en el contrato de compraventa cuando no llegó á designarle era, según la constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal, entre otras sentencias, en la de 23 de Febrero de 1887, aquel en que se perfeccionó por consentimiento de los contratantes, en la cosa y en el precio y se consumó al menos por parte de uno de ellos; que el contrato de compraventa á que se referían estas actuaciones se perfeccionó y consumó por medio del otorgamiento de la escritura de que se trataba, donde se entregó el precio pactado de presente y se transmitió el dominio de la participación vendida, bajo cuya base el cumplimiento del contrato de cesión, ó mejor dicho, de compraventa, debe ser en Madrid, y por tanto la rescisión del citado contrato recaía igualmente bajo la jurisdicción de Madrid, puesto que tenía por objeto la devolución parcial de la cosa y del precio:

Resultando que habiendo insistido el Juez de Málaga en la inhibición, uno y otro han elevado las actuaciones para la decisión de este Supremo Tribunal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que en estos autos se trata de la acción personal sobre rescisión del contrato de cesión de pertenencias de una Sociedad para la realización de obras del puerto en Almería, celebrado entre D. Ramón López Falcón y D. Rafael Levenfeld y García:

Considerando que, según el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, es Juez competente el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, puede hacerse el emplazamiento:

Considerando que el contrato á que se refiere la demanda de D. Ramón López se perfeccionó en esta corte por el otorgamiento de la escritura, y en la misma se cumplió en su parte principal, quedando en dicho acto á disposición de Levenfeld la participación de pertenencias sociales cedida, y entregando el cesionario, conforme á lo estipulado en dicha escritura, el precio ó cantidad convenida, sin perjuicio de lo que debía abonar también

por la cesión en el caso de que la Sociedad cobrara por las obras contratadas más de 3 millones de pesetas:

Considerando que siendo así es Juez competente el de primera instancia del distrito del Este de esta capital para conocer de la expresada demanda, en que se reclama el mayor valor atribuído á la participación social cedida, ó la devolución de ésta y del precio recibido, como lo sería también si, llegado el caso, se demandara el total cumplimiento de las obligaciones contraídas en la expresada escritura;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia del distrito del Este de Madrid, al que se remiten todas las actuaciones para los efectos de derecho, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez de primera instancia del distrito de la Merced de Málaga.—(Sentencia publicada el 5 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 29 de Junio del mismo año.)

138

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA (5 de Mayo de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de juicio ejecutivo.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Gálvez en pleito con D. Manuel Utrera (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que la falta de personalidad que como base de casación por quebrantamiento de forma se establece en el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, se refiere á la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer en juicio se expresan y prescriben en la sección primera de dicha ley, artículos 2.º y siguientes; pero no á la falta de acción ó derecho para pedir que entraña una cuestión de fondo:

Que tal sucede cuando se exige á una parte que justifique su calidad de heredero, que en atención á lo expuesto sólo puede dar lugar á un recurso por infracción de ley, y nunca al de quebrantamiento de forma.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Mayo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Merced de Málaga y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. José Gálvez Arias con D. Manuel Utrera y Cosío, ambos del comercio de Málaga, sobre nulidad de un pleito ejecutivo; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación el Letrado D. Gumersindo de Azcárate y el Procurador D. Joaquín Díaz Pérez, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Pedro Apalategui y el Procurador Don Antonio Fernández Campos:

Resultando que por escritura pública otorgada en Málaga en 22 de Diciembre de 1871, D. Manuel Utrera y Cosío dió en arrendamiento á D. José Moyano Doña, con garantía de D. José Arias y Arias, como fiador mancomunado y solidario, varias fincas de su propiedad por término de cuatro años, por virtud de cuyo contrato dedujo el D. Manuel Utrera en dicha ciudad de Málaga, en 9 de Enero de 1877, demanda ejecutiva contra el arrendatario D. José Moyano y su fiador D. José Arias y Arias sobre pago de varias anualidades:

Resultando que sustanciada dicha demanda en rebeldía de los demandados, recayó sentencia de remate en 26 de Marzo siguiente, que fué consentida por los ejecutados entrando el juicio en la vía de apremio, en la

que se sacaron á subasta los bienes que se habían embargado á D. José Arias, siendo adjudicados después de una retasa al acreedor Utrera por sus dos terceras partes; habiendo hecho constar después Utrera, en escrito de 22 de Octubre de 1881, que había fallecido D. José Arias y Arias, é ignoraba quiénes fueran sus herederos:

Resultando que en 16 de Marzo de 1887 entabló D. José Gálvez Arias, en Málaga, la demanda civil ordinaria que ha motivado este pleito y que fué repartida al Juzgado del distrito de la Merced, con la solicitud de que se dejara sin efecto la sentencia de remate dictada en 26 de Marzo de 1877, en los autos ejecutivos referidos, declarando también nula y sin valor ni efecto la adjudicación en pago hecha á D. Manuel Utrera de la finca de D. José Arias; que se declara asimismo que el dominio de dicha finca tocaba y pertenecía á la herencia y caudal común del finado D. José Arias, y en su representación á sus hijos, nietos y herederos, en cuyo concepto reclamaba el demandante para aquella herencia con cuanto á la finca correspondiera y frutos producidos y debidos producir desde el año 1881 en que se les privó del goce y aprovechamiento de ella, y que se condenase además al demandado en todas las costas hasta obtener la reivindicación del precio; habiendo presentado con esta demanda diferentes documentos, entre ellos, y con el fin de justificar que era nieto por línea materna de D. José Arias y Arias, una partida de nacimiento de D. José Enrique, nacido en 17 de Septiembre de 1856, hijo legítimo de D. Diego Gálvez y María Arias; abuelos paternos D. José Gálvez y Doña María Bustamante, y maternos D. José Arias y Doña María Escaño; y la de matrimonio de los padres de dicho D. José Enrique, verificado en 5 de Marzo de 1855, ó sean D. Diego Gálvez, hijo legítimo de D. José y Doña María Bustamante y Doña María Arias, hija legítima de D. José Arias y Doña María Escaño:

Resultando que D. Manuel Utrera contestó la demanda oponiendo en primer término la excepción de falta de personalidad en el demandante, é invocando después otras para concluir con la pretensión de que se declarase en definitiva que no venía obligado á contestarla, toda vez que no acreditaba D. José Gálvez el carácter ó representación con que la proponía; y que si á tal petición fundada en la falta de personalidad de aquél no había lugar, se le absolviera de dicha demanda, declarando subsistente, eficaz y válida la sentencia de remate dictada en 26 de Mayo de 1877, en los autos ejecutivos seguidos en nombre y representación suya contra Don José Moyano Doña y D. José Arias y Arias, declarando también como consecuencia de ella válidas y perfectamente legales todas las consecuencias derivadas de tal sentencia, y por tanto el procedimiento de apremio, mediante el que aquélla se ejecutó, y la adjudicación de bienes hecha al ejecutado con observancia estricta de todos los preceptos legales, así como la inscripción de dominio hecha á su favor como adjudicatario en pago de su crédito, intereses, costas y gastos, y en apoyo de la primera de dichas excepciones alegó: que no constaba ni resultaba de autos, á pesar de las dos partidas sacramentales acompañadas á la demanda, que el autor fuera representante ni trajera títulos, razón ni causa de D. José Arias y Arias; por lo que, aun concediendo que la filiación del demandante Gálvez Arias estuviera acreditada en cuanto á ser hijo de Diego Gálvez y María Arias, tal filiación no era bastante ni servía para que fuera aceptado como causahabiente de D. José Arias y Arias; que el art. 503 de la ley de Enjuiciamiento civil establece, que toda demanda en que el actor no acredite el carácter con que se presenta en juicio, debe rechazarse de oficio; que entre las excepciones dilatorias señaladas en el art. 533 de dicha ley, estaba la falta de personalidad en el actor, y no habiéndola propuesto en tiempo, se amparaba del art. 542 para hacerlo en este escrito de contestación, á fin de que en su día produjera efectos legales; y que con arreglo al art. 506 de la

misma ley, el demandante no podía ya presentar ningún documento que desvirtuara la referida excepción dilatoria:

Resultando que en la réplica insistió el demandante en las pretensiones de su demanda, pidiendo se estimaran en la forma que las había deducido, después de rechazar por infundada la excepción dilatoria de falta de personalidad propuesta de contrario, respecto de la cual, alegó: que era nieto del finado D. José Arias y Arias, comprendido como tal en la línea de descendiente y con legal representación para suceder en sus bienes y derechos, carácter que tenía acreditado con los documentos acompañados á su demanda; que la partida de casamiento de sus padres Doña María Arias y D. Diego Gálvez acreditaba la autenticidad de ser aquélla hija legítima de D. José Arias y Doña María Escaño, y excusaba la traída de su partida de bautismo, tanto porque en la de matrimonio se expresaba de quién era hija legítima, cuanto porque dicha partida de casamiento no pudo haberse extendido, ni celebrado el matrimonio, sin que le hubiera precedido el expediente matrimonial, que no pudo formarse sin las respectivas partidas bautismales de los contrayentes; demostrándose de este modo que Doña María Arias había sido también madre de José Gálvez Arías, y por lo tanto nieto éste de D. José Arias; quedando así identificado su entronque y parentesco con aquél y su personalidad para representarle en sus bienes y derechos y en las obligaciones y acciones que pudieran tocar y corresponder al mismo; que en los autos ejecutivos tenía reconocido el mismo Utrera el fallecimiento de D. José Arias y Arias, contándose también el de Doña María Arias Escaño; cuyo hecho era además susceptible de prueba que á su tiempo articularía; que estando justificada su calidad de nieto de D. José Arias y Arias, debía ser reputado por su heredero legítimo por serlo por ministerio de la ley sin necesidad de testamento ni declaratoria judicial, que para nada hacía falta á los herederos necesarios; que el fallecimiento de una persona se reputa siempre intestado mientras no se pruebe la existencia de testamento por el litigante que combata esta presunción legal; y que como el hijo y el nieto son herederos necesarios y suceden ex testamento y abintestato por ministerio de la ley, no necesitan acompañar ni testamento ni declaratoria judicial, porque no suceden por esos títulos, según tiene declarado el Tribunal Supremo, y únicamente deben comprobarse su filiación, caso de que ésta se contraiga:

Resultando que el demandado duplicó insistiendo en las excepciones propuestas, y añadiendo á lo que tenía alegado en apoyo de la de falta de personalidad que el demandante había justificado ser hijo de D. Diego Gálvez y Doña María Arias, y nieto por parte de madre de D. José Arias y Arias; pero que como no constaba que aquélla hubiera fallecido, y como la ley llamaba en primer término á los hijos á la sucesión de los padres, y en segundo lugar á los nietos, era claro que la personalidad y representación del demandante dentro de este juicio, ni estaba requisitada, ni había debido admitirse; y que la misma parte demandante, al ofrecer justificar en el término de prueba el hecho de la defunción de su madre Doña María Arias, confesaba que no estaba acreditada su personalidad en el concepto en que litigaba de representante de los derechos y acciones que traían causa de su abuelo materno D. José Arias y Arias:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se utilizó el trámite tan solo por la parte demandante, que suministró diversas justificaciones, entre las que figuran: la partida de nacimiento de Doña María de los Dolores Ventura, hija legítima de D. José Arias y de Doña María Escaño, nacida en 14 de Julio de 1836; la de defunción de la misma Doña María Arias Escaño, ocurrida en 10 de Diciembre de 1860, estando casada con D. Diego Gálvez Bustamente; y la de casamiento y velación celebrada en 9 de Mayo de 1835, entre D. José Arias, hijo legítimo de D. José Arias y Doña María

Arias con Doña María Escaño, que lo era de D. Miguel Escaño y Doña Antonia Jarfán; y las declaraciones de tres testigos que afirmaron que Don José Arias y Arias estuvo casado con Doña María Escaño, de cuyo matrimonio tuvieron varios hijos, entre ellos Doña María Arias Escaño que falleció antes que su padre:

Resultando que terminada la sustanciación de los autos, dictó sentencia el Juez de la Merced de Málaga en 3 de Junio de 1889, que apelada por el demandandante y tramitada la alzada con arreglo á derecho, fué confirmada con las costas por la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada en 2 de Junio de 1890, declarando que la ejecución entablada por D. Manuel Utrera Cosso contra D. José Moyano Doña y D. José Arias y Arias, no contiene vicio alguno de nulidad, y que tampoco había personalidad en D. José Gálvez y Arias para reclamar contra ella en nombre del ejecutado D. José Arias y Arias; absolviéndose en su consecuencia á D. Manuel Utrera Cosso de la demanda contra él deducida por D. José Gálvez, á quien se condenaba en todas las costas del pleito:

Resultando que dentro del término legal interpuso D. José Gálvez Arias recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto se declaraba en la sentencia recurrida que no tenía personalidad el recurrente, porque no se había acreditado la personalidad del nieto como heredero de su abuelo; y por un otrosí consignó la protesta oportuna para deducir en su oportunidad el recurso por infracción de ley.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que la falta de personalidad que como base de casación por quebrantamiento de forma se establece en el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, se refiere á la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer en juicio se expresan y prescriben en la sección primera de dicha ley, artículos 2.º y siguientes; pero no á la falta de acción ó derecho para pedir que entraña una cuestión de fondo como sucede en el presente caso, en que se exige al recurrente que justifique su calidad de heredero, que en atención á lo expuesto solo puede dar lugar á un recurso por infracción de ley y nunca al de quebrantamiento de forma que es la interpuesta;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. José Gálvez Arias, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad, si viniere á mejor fortuna, de 500 pesetas por razón de depósito que debió constituir, que se distribuirá entonces con arreglo á la ley; y procédase á la sustanciación del recurso anunciado por infracción de ley.—(Sentencia publicada el 5 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Julio del mismo año.)

139

RECURSO DE CASACIÓN (6 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Entrega de bienes.*—No ha lugar al interpuesto por D. Mariano Sancho en pleito con D. Miguel Planés y otro (Audiencia de Palma), y se resuelve:

Que si el testador, después de dejar á sus hijos legítimos la porción legítima, que percibieron en efecto, instituyó heredero usufructuario á uno de aquéllos, propietarios á los hijos del mismo, por orden de primogenitura, y en sustitución de éstos, si falleciesen sin descendencia, á otro hijo del propio testador, es indudable, con arreglo, no ya al espíritu que informa, sino á los términos de dicha disposición testamentaria, que al fallecimiento del testador se

abrió su sucesión y que en ese día, no existiendo nieto alguno de aquél y siendo el sustituto el único entonces con carácter de heredero propietario, adquirió el mismo el derecho á los bienes que, siquiera fuese eventual, se transmitiría por su defunción á sus hijos y definitivamente se resolvería á favor de éstos al morir el usufructuario sin dejar descendencia, con tanto más motivo cuanto que el derecho del sustituto únicamente podría haberse extinguido por la existencia de algún nieto del testador que hubiere tenido prole, pues en otro caso, dicho nieto, hijo del usufructuario, tampoco haría suyos los bienes:

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el testamento, ni las doctrinas concordantes con las leyes del Digesto 3.ª, 4.ª, 69 y 81, libro 29, tít. 2.º, De adquirenda vel omittenda hereditate:

Que no son de estimar los motivos del recurso que se refieren á algunos de los fundamentos de la sentencia, la cual abonan y justifican otras razones:

Que es improcedente el recurso en cuyos motivos se parte de supuestos contrarios á los que aprecia y resuelve la Sala sentenciadora:

Que no pueden ser objeto de resolución ni servir de fundamento al recurso de casación los motivos relativos á extremos no discutidos en el pleito.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Mayo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Lonja de Palma de Mallorca y en la Sala de Justicia de la Audiencia de aquel territorio por D. Miguel y D. Francisco Planés y Poquet, propietarios, vecinos de la Puebla con D. Mariano Sancho y Cañellas, Comandante de Ingenieros, vecino de Palma de Mallorca, como marido de Doña María del Pilar Brondo y Campaner, sobre entrega de bienes, pendiente ante Nos, á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la parte demandada, dirigida y representada por el Licenciado D. Antonio Maura y el Procurador D. Fidel Serrano; habiéndolo estado los demandantes y recurridos por el Letrado D. Ramón Vinader y el Procurador D. Juan Ayras;

Resultando que D. Francisco Poquet y Santandreu, en su testamento de 16 de Septiembre de 1840, bajo el cual y un codicilo de 30 de Marzo de 1844, falleció en 26 de Julio de 1845, después de dejar la legítima á sus hijos D. Francisco y Doña Isabel Poquet y Rozas, y algunos legados de ésta, dispuso lo siguiente: «Pagadas, cumplidas y satisfechas todas las sobredichas cosas y todas las demás que acaso pueda estar obligado en el día de mi muerte, pero en los demás bienes remanentes, muebles é inmuebles presentes y venideros, derechos, voces, créditos y acciones, que ahora y en lo venidero, por cualquier título ó razón, me puedan corresponder, nombro por heredero mío, esto es, usufructuario, á D. Francisco María Poquet y Rozas, mi hijo soltero, sin que se le pueda pedir cuenta ni razón alguna de la inversión de dicho usufructo; propietario, empero, á su hijo varon primogénito, póstumo, nieto mío, con facultad de disponer entre su prole, si la tuviese, y no teniéndolos, sustituyo al segundo varon, nieto mío, en igual concepto y con las mismas facultades que tengo concedidas al primero, queriendo que esta sustitución se entienda del mismo modo con cada uno de los demás nietos míos, hijos de mi citado hijo Don Francisco María Poquet y Rozas, y al último de ellos, muriendo sin prole, sustituyo en calidad de heredera propietaria á mi hija Doña Isabel Poquet y Rozas, á sus libres voluntades; siendo mi voluntad expresa que antes de posesionarse de mis bienes, cualquier que sea de mis herederos nombrados, tenga primero que expresar solemnemente, bajo escritura pública y con intervención de los administradores testamentarios que tengo elegidos, si quieren ser ó no herederos con las obligaciones expresadas y prestar los alimentos á Doña Isabel Poquet y Rozas, mi hija; y en el caso de no quererlo admitir en todas sus partes del modo sobredicho, revoco

desde luego todos los nombramientos que tengo hechos á favor de ellos y nombro en su lugar por heredera universal propietaria á Doña Isabel Poquet y Rozas mi hija, á sus libres voluntades de ella y de los suyos»:

Resultando que en escritura de 15 de Agosto de 1845, D. Francisco María Poquet y Rozas, cumpliendo lo dispuesto por su padre D. Francisco Poquet y Santandreu en su testamento, declaró quería ser heredero usufructuario del mismo en los términos que de la institución resultaban, á beneficio de inventario, y prometió satisfacer á su hermana Doña Isabel, no sólo lo que en el citado testamento se la legaba, sino también los muebles y efectos que se mencionaban en el codicilo otorgado por dicho su padre, comprometiéndose á cumplir todas las demás obligaciones que por los referidos testamento y codicilo se le imponían; y los albaceas testamentarios de D. Francisco Poquet y Santandreu dieron por cumplida la condición impuesta por éste en su testamento, y declararon que D. Francisco María Poquet y Rozas, debía entrar á poseer los bienes de que había sido instituído heredero usufructuario:

Resultando que promovido pleito por Doña Isabel á su hermano sobre señalamiento y pago de la legítima paterna que á ella correspondía, y de sus frutos, cuando se hallaba pendiente de apelación, por la misma interpuesta, de la sentencia definitiva del Juzgado, se transigió en escritura de 9 de Marzo de 1857, dándose Doña Isabel por satisfecha con la cantidad de 1.870 libras mallorquinas que le entregó su hermano, quedando éste subrrogado en lugar de ella sobre una porción de los bienes hereditarios por valor de 2.000 libras:

Resultando que D. Francisco María Poquet y Rozas falleció en 22 de Junio de 1887, sin hijos y bajo testamento en que instituyó heredera universal á su esposa Doña María del Pilar Brondo y Campaner, quien entró y continúa en posesión de los bienes hereditarios y contrajo luego segundo matrimonio con D. Mariano Sancho y Cañellas; y Doña Isabel Poquet y Rozas falleció antes que su hermano D. Francisco, en 16 de Marzo del mismo año de 1887, bajo testamento en que instituyó por sus herederos á sus dos hijos, habidos de su matrimonio con D. Ignacio Planés y Avilla, D. Miguel y D. Francisco Planes y Poquet:

Resultando que éstos, en 17 de Diciembre de 1888, dedujeron demanda en que hicieron mérito: de la ya transcrita cláusula de sustitución de herederos; del testamento de D. Francisco Poquet y Santandreu; de su fallecimiento; del de D. Francisco Poquet y Rozas, sin hijos, dejando por heredera á su esposa Doña María del Pilar Brondo; de la defunción de Doña Isabel Poquet y Rozas, quien instituyó herederos á los demandantes; y de poseer la Doña María del Pilar los bienes que dejó su expresado marido, entre ellos los usufructuados por el mismo, procedentes de D. Francisco Poquet y Santandreu; alegando además: que en la sucesión testada la voluntad del testador es ley, y debe cumplirse, entendiendo llanamente las palabras con que está expresada, y la de D. Francisco Poquet y Santandreu aparecía explícita y terminante de las palabras del testamento, con respecto á la institución de heredero, llamando á su hijo D. Francisco Poquet y Rozas, como usufructuario, y como propietario al hijo varón primogénito de éste, nieto póstumo suyo, y en su defecto al segundo, y así sucesivamente á sus demás nietos varones, hijos del D. Francisco Poquet y Rozas, y en defecto de tales nietos varones á su hija Doña Isabel Poquet y Rozas; y como la herencia no pudo deferirse á los hijos de aquél, que no existieron, quedó cumplida la condición de que dependía la institución á favor de la madre de los demandantes, Doña Isabel; que los derechos y acciones se transmiten á los herederos, y por esta razón les correspondían los que tuvo su expresada madre; que el usufructo se acaba por muerte del usufructuario, debiendo pasar la cosa al goce del propietario; y que el que detenta

una herencia debe abonar los frutos percibidos; siendo también responsable de las costas que ocasionare su resistencia; y utilizando las correspondientes acciones reales y mixtas, pidieron que se condenara á Doña María del Pilar Brondo y Campaner á que les entregase los bienes que componían la herencia de D. Francisco Poquet y Santandreu, con los frutos producidos desde la muerte de éste, y al pago de todas las costas:

Resultando que D. Mariano Sancho, como marido de Doña María del Pilar Brondo, impugnó la demanda adicionando á los hechos expuestos en aquélla, los relativos á la escritura de adición, por D. Francisco Poquet y Rozas, de la herencia de su padre en 15 de Agosto de 1845, y á la de transacción del mencionado Poquet y Rozas con su hermana Doña Isabel, de 9 de Marzo de 1857, ya oportunamente referidas, y añadió: ser condicional toda sustitución hereditaria hecha á favor de una persona, para el caso de que otra fallezca sin hijos, carácter que tenía la ordenada por D. Francisco Poquet y Santandreu respecto de su hija Doña Isabel; por cuanto su llamamiento dependía de la circunstancia de fallecer su hermano D. Francisco Poquet y Rozas sin hijos varones, y á la vez éstos sin prole de ninguna clase; ser igualmente requisito indispensable en toda institución ó sustitución hereditaria condicional la capacidad del instituído ó sustituído; en su caso, para adquirir la herencia al tiempo de realizarse la condición impuesta por el testador, por cuya razón, cuando el sustituto falleció antes de que esto se verifique, no adquiere derecho alguno á la herencia, ni puede transmitirlo, por sucesión testada ni intestada, á sus herederos; y habiendo fallecido Doña Isabel Poquet mientras se hallaba pendiente la condición bajo la cual estaba sustituída, no pudo adquirir derecho alguno, ni transmitirlo por testamento á sus herederos los demandantes; y que el demandante sin derecho ni acción es responsable de las costas: y oponiendo á la demanda las excepciones que se desprendían de lo expuesto, pidió se absolviera de ella á Doña María del Pilar Brondo, y se impusieran las costas á los demandantes:

Resultando que seguido el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, la Sala de Justicia de la Audiencia de Palma dictó en 9 de Julio del año próximo pasado sentencia confirmatoria con las costas de la apelación, condenando á Doña María del Pilar Brondo y Campaner á que entregara á los demandantes D. Miguel y D. Prancisco Planés y Poquet la herencia líquida de D. Francisco Poquet y Santandreu, con los frutos producidos desde la muerte del heredero usufructuario D. Francisco Poquet y Rozas, previas las oportunas liquidaciones y cuentas, cuya importancia se fijaría y haría efectiva en la ejecución de sentencia; sin hacer especial condena de costas:

Resultando que con presentación del resguardo del depósito de 1.000 pesetas D. Mariano Sancho, como marido de Doña María del Pilar Brondo, ha interpuesto recurso de casación comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

1.º El testamento de D. Francisco Poquet y Santandreu, ley de la sucesión litigiosa; la doctrina legal de que es condicional el llamamiento de una persona á heredar para el caso de que otra muera sin hijos, decisiones de 13 de Marzo de 1868, 5 de Junio de 1874 y 18 de Abril de 1872; la doctrina concordante con las leyes 3.ª y 4.ª *D. De adquirenda vel omittenda hæreditate* de que el instituído ó sustitutos, llamados bajo condición, no adquieren derecho alguno á la herencia, si fallecen ó se incapacitan antes de que la condición se cumpla, sentencias de 6 de Febrero de 1865, 13 de Octubre de 1870 y 5 de Junio de 1874; la doctrina en armonía con las leyes 69 y 81, *D. De acquir vel omit. hæred.*, libro 29, tít. 2.º, ya citado, de que el sustituto que no vive cuando haya de transmitírsele la herencia, no la comunica ni transmite á sus propios sucesores, decisiones de 30 de

Junio de 1866, 24 de Abril y 26 de Octubre de 1867, 26 de Febrero de 1870, 14 de Octubre de 1879, 5 de Junio de 1874, 22 de Mayo de 1880, 26 Marzo de 1886, 31 de Enero de 1887 y otras; por cuanto los demandantes que carecen de vocación inmediata y directa en el testamento de su abuelo, no pudieron adquirir, al suceder á su madre Doña Isabel, el derecho que invocan, y que ésta á su vez tampoco adquirió, á la propiedad del remanente hereditario, por estar pendiente la condición á que se subordinaba el llamamiento el día 16 de Marzo de 1887, fecha de su defunción:

2.º La doctrina concorde con las leyes 2.ª y 21, *D. De probationibus et præsumptionibus;* párrafo *Commodum 4.º, De interdictis,* tít. 15, libro 4.º de la *Instituta,* y leyes 9.ª y 73. *D. De reivindicatione* de que el poseedor demandado debe ser absuelto cuando quiera que no resulte justificada la acción ejercitada por el demandante, decisiones de 9 de Julio de 1847, 12 de Abril de 1864, 26 de Enero de 1886, 14 de Enero de 1867, 28 de Abril de 1883, y muchas otras; y la doctrina de que las sentencias han de circunscribirse rigurosamente á los términos de las reclamaciones hechas oportunamente en los pleitos, no sólo en cuanto á cosas y personas, sino también en cuanto á la razón y manera de pedir, art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, y decisiones de 22 de Diciembre de 1860, 3 de Marzo y 14 de Mayo de 1873, 3 de Mayo de 1884 y 20 de Marzo de 1885, entre otras, puesto que la absolución de la demanda, independientemente de las cuestiones no dilucidadas en este pleito, era consecuencia ineludible de la carencia del derecho ostentado y ejercitado por los hermanos Planés, cuya pretensión no podía prevalecer en todo ni en parte, sino exclusivamente por virtud de la causa jurídica invocada por ellos en el primer período del juicio:

Y 3.º Las leyes del Digesto 26, *De condit. et demonstrat.* 1.ª, párrafo cuarto, 9.ª, párrafo trece, treinta y cinco proemio, 13, párrafos segundo y tercero. *De hæredibus instituendis*, y el párrafo séptimo *Inst.*, también *De hæridibus instituendis*, que definen y amparan la acreción de las porciones hereditarias vacantes á las porciones efectivamense deferidas á los herederos, para salvar el principio, vigente en Mallarca, de la incompatibilidad entre las sucesiones testada é intestada; toda vez que el fallo recurrido condena á la única y universal heredera de D. Francisco Poquet y Rozas á dimitir íntegra, con los frutos, la herencia remanente de D. Francisco Poquet y Santandreu, siendo así que, por virtud del derecho de acrecer el todo ó parte de los bienes litigiosos correspondió á su causante y marido, y aumentó la porción hereditaria que á éste le señaló su padre en el testamento de 1840.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que D. Francisco Poquet y Santandreu en el testamento bajo que falleció en 26 de Julio de 1845, después de dejar la porción legítima á sus hijos D. Francisco y Doña Isabel Poquet y Rozas, los cuales la percibieron en efecto, instituyó heredero usufructuario de sus bienes á su citado hijo, á la sazón soltero, y herederos propietarios á los hijos por orden de primogenitura, que él mismo su hijo pudiera tener, facultándoles para disponer de los bienes, si tuvieren prole, y nombró en igual concepto de heredera propietaria, á sus libres voluntades, en sustitución de los hijos del usufructuario, nietos del testador, ó en el caso de que éstos muriesen sin descendencia, á la referida hija Doña Isabel, que falleció en 16 de Marzo de 1887 y cuya representación ostentan sus dos hijos los demandantes, hoy recurridos, así como la de D. Francisco Poquet y Rozas, que murió en 22 de Junio siguiente, sin haber tenido hijos, corresponde á su mujer y heredera la recurrente Doña María del Pilar Brondo:

Considerando que la sentencia no infringe el testamento de D. Francisco Poquet Santandreu, ni las doctrinas citadas en el motivo 1.º del re-

curso, toda vez que con arreglo, no ya al espíritu que informa, sino á los términos en que se halla redactada aquella disposición testamentaria, es indudable que al fallecimiento del testador se abrió su sucesión y que en ese día, por no existir nieto alguno del mismo, Doña Isabel Poquet y Rozas, que era la única persona que entonces tenía el carácter de heredera propietaria adquirió el derecho á los bienes que, siquierá fuese eventual, se transmitió por su defunción á sus hijos, los demandantes, y que definitivamente se resolvió á favor de éstos al morir el usufructuario sin haber dejado hijos, con tanto más motivo, cuanto que el derecho de la Doña Isabel únicamente podría haberse extinguido por la existencia de algún nieto del testador que hubiere tenido prole, pues en otro caso dicho nieto, hijo del usufructuario, tampoco hacía suyos los bienes:

Considerando que no es de estimar el motivo 2.º, no sólo porque se refiere á algunos de los fundamentos de la sentencia, la cual abonan y justifican otras razones, sino porque en él se parte del supuesto de que los demandantes carecen del derecho por ellos ejercitado, en contra de lo que aprecia y resuelve la Sala sentenciadora:

Considerando respecto del motivo 3.º que el derecho de acrecer alegado en él, por no haberse discutido en el pleito, no podía ser objeto de resolución ni puede servir hoy de fundamento al recurso de casación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Mariano Sancho, como marido de Doña María del Pilar Brondo, á quien se condena en las costas y á la pérdida del depósito que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Palma de Mallorca la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Julio del mismo año.)

140

RECURSO DE CASACIÓN (6 de Mayo de 1891).—Sala tercera.—*Reconocimiento de hijo natural.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. G... en pleito con Doña E... (Audiencia de...), y se resuelve:

Que es inadmisible el recurso si apoyándose en el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se llenan los requisitos por el mismo exigidos, por no citarse documentos ó actos auténticos de la índole y carácter á que la ley alude y que pudieran demostrar el error de hecho que se dice cometido por la Sala sentenciadora:

Que se opone á la admisión del recurso el núm. 7.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, si se alega en aquél como infringida la ley 11 de Toro, expresándose que ésta exige el reconocimiento del hijo por la madre, siendo así que sólo se refiere dicha disposición al reconocimiento por parte del padre:

Que no pueden ser aceptadas las infracciones que parten de apreciaciones de hecho contrarias á las consignadas en el fallo de la Sala sentenciadora.

Resultando que por sentencia que en los autos de su razón dictó en 23 de Diciembre del año próximo pasado la Sala primera de lo civil de la Audiencia de..., confirmatoria con las costas de la segunda instancia de la pronunciada por el Juzgado de..., se declaró ser Doña E... hija natural de Doña P..., fallecida durante la sustanciación del pleito; que en tal concepto de hija natural de la Doña P..., y mediante no haber dejado ésta hijos legítimos, es la Doña D... heredera de su madre dicha Doña P..., declarándose asimismo nulo el testamento, bajo que la repetida Doña P... falleció, otorgado en esta capital á 27 de Julio de 1883, que autorizó el Notario

D. Ignacio Palomar, en cuanto excedan las mandas, legados y demás disposiciones en él contenidas del quinto del caudal relicto, las que se cumplirán únicamente hasta donde alcance dicha porción, de que pudo disponer libremente; y en su consecuencia, se condena á los albaceas testamentarios de la Doña P..., que se incautaron de los bienes dejados por la misma á su fallecimiento, á que previa presentación del inventario valorado del caudal que recibieron, entreguen á la Doña E... las cuatro quintas partes íntegras del mismo, ó sea aquél, con la sola deducción del quinto ó de las cantidades que justifiquen cumplidamente con rendición de cuenta detallada y documentada haber invertido en el cumplimiento del testamento antes del requerimiento que se les hizo en 16 de Marzo de 1888 para que se abstuviesen de continuar cumpliéndolo si excediesen de aquella cuota, se absolvió á dichos testamentarios de lo demás pedido respecto de ellos, y de la demanda en todas sus partes á los herederos de D. J...; y no se hizo expresa condena de costas de primera instancia:

Resultando que D. G..., como uno de dichos testamentarios, por medio de Procurador, autorizado con el correspondiente poder, y previo depósito en cantidad de 1.000 pesetas, ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los casos 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundándole en los siguientes motivos:

1.º Al precisar la Sala sentenciadora y declarar en tal sentido que Doña E... es hija natural, con todas sus consecuencias, de Doña P..., ha cometido un error de hecho con respecto á la apreciación de las pruebas, toda vez que resulta éste demostrado de documento ó acto auténtico que revela la equivocación del juzgador, puesto que el pleito promovido por Doña E... es de los llamados de investigación de maternidad, en cuanto con Doña P... se relaciona, y se inició en vida de ésta, con una oposición tenaz por su parte, como lo revela la relación que consta de los mismos resultandos de la sentencia del Juzgado, aceptada por la Sala, y en donde siempre negó que tal bija fuera suya, manifestando, por tanto, constantemente su voluntad de que no prevaleciesen las pretensiones de la demandante; y las mismas cartas que por parte de ésta se presentaron como documentos de importancia decisiva, constaba de la relación indicada de dichos resultandos de la sentencia, que fueron desde el primer momento consideradas como ilegítimas por Doña P..., quien en tal concepto evitó por cuantos medios tenía á su alcance, el efectuar un reconocimiento, cual de contrario reiteradamente hubo de exigirse; destruyendo tales actos la eficacia de la prueba testifical propuesta de contrario, que había rayado en un lujo inconcebible, quizás por la facilidad con que tal medio probatorio se hace dúctil para ciertos planes más ó menos perfectamente concebidos; y ello sólo demostraría el error de apreciación de prueba de la Sala sentenciadora al dictar el fallo objeto del recurso; pero aún había más: después de promovido el litigio, precisamente en uno de los períodos de su paralización por voluntad propia de la demandante Doña E..., según refería haberla exigido Doña P... que le suspendiese, toda vez que pensaba reconocerla en forma debida, fué cuando otorgó el testamento de 27 de de Julio de 1883, é instituyendo por su único heredero á su hijo D. R..., preve el caso de que éste pudiera morir con anterioridad á la otorgante, y prescindiendo en absoluto de manifestar tuviera como hija á Doña E..., olvidando existiese tal persona, cosa que demuestra, á no dudar, el ningún parentesco que entre ellas pudiera haber, dedica todo su capital á obras de caridad y misericordia, lo cual revelaba un alto sentido moral que contrasta verdaderamente con la ingratitud que supondría en Doña P... el abandono voluntario de la única hija que tenía á la época de su muerte, sin ser posible comprender, dentro del terreno de la razón y del buen criterio, que la Doña P..., para el caso del fallecimiento de su único

hijo D. R..., dispusiera que se invirtiesen cantidades de importancia suma en redimir del servicio militar mozos naturales y vecinos de la villa de..., en los hospitales del mismo pueblo é incurables de esta corte; en costear carreras literarias y profesionales á tres ó más jóvenes pobres de la mencionada villa ó de la provincia de S..., y en dotar además con 6.000 reales á cada uno, y no tuviera el más pequeño recuerdo para su única hija sobreviviente Doña E..., desoyendo, de suceder así, la voz de su propia conciencia, y desconociendo por un acto tan solemne como son las disposiciones relacionadas con la última voluntad, la voz de la sangre misma, ante la cual cede siempre todo género de resentimientos y afecciones; revelando así la Doña P... por sus actos y hechos no tener ninguna relación de parentesco ni aun de gratitud para con Doña E.... y viniendo, por el contrario, á justificar un desvío absoluto, hasta el punto de no acordarse de ella, cuando, como de su testamento se desprende, no hubo persona con quien tuviera algún lazo de cariño ó amistad á que no dejara un recuerdo al menos de sus sentimientos cariñosos; por todo lo cual, al prescindir la Sala sentenciadora de este aspecto de la cuestión, y al no dar valor ni importancia alguna á lo que el testamento de Doña P... significa, en contra de todas las demás pruebas que hayan podido ejecutarse, no había tenido en cuenta que cometía un error de hecho gravísimo contra documento auténtico y solemne, que por sí sólo evidencia la equivocación padecida, y de aquí el que prevaleciera el recurso:

2.º Haberse infringido en la sentencia recurrida la ley 11 de Toro, 1.ª, tít. 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que dispone: «que es hijo natural aquel que al tiempo que náciere ó fuere concebido, podrían casarse justamente y sin dispensación, con tal que el padre ó madre le reconocieran como su hijo»; pues si sobre el primer requisito exigido en esta ley nada habría de indicar la parte recurrente, toda vez que no había sido objeto de duda ni de discusión, no sucedía lo mismo en cuanto al segundo, ó sea al reconocimiento por parte de Doña P... para Doña E..., porque la misma argumentación empleada en el precedente motivo venía á justificar que Doña P..., si bien había podido ejecutar algún acto ó manifestación que la comprometiera, cosa en verdad muy dudosa por la índole ó clase de las pruebas en ese sentido suministradas en el otorgamiento de su disposición testamentaria, por la época misma en que se hizo, por la circunstancia de hallarse ya interpuesto el pleito hacía ya algunos años, y por las determinaciones que del mismo aparecen, revelaba, no sólo no haber existido el reconocimiento exigido en la ley, sino por el contrario, haber habido por parte de Doña P... hasta el día mismo de su muerte, toda vez que no varió su testamento á pesar de haber muerto su hijo D. R..., heredero instituído, una oposición constante á ese reconocimiento que judicialmente se le exigía, y una lucha por su parte para ver de evitar que consideraran como hija suya á una persona cuyos vínculos de sangre le eran desconocidos; sin que sobre esto pudiese prevalecer la insignificante prueba en tal particular, respecto á que Doña P..., en los días antes de su muerte reconociera expresamente como hija á Doña E..., por no encontrarse ya en la integridad de sus facultades intelectuales, y de no ser así, ante sus deseos, á los que nadie se oponía, y dadas las cuestiones que venían mediando, era lo lógico hubiese anulado ó revocado el testamento hecho ante el Notario D. Ignacio Palomar, ó al menos hubiera verificado el reconocimiento en documento público y solemne para evitar de este modo la lucha iniciada á su fallecimiento entre sus albaceas testamentarios, á quienes ningún otro fin les guía que el cumplimiento de su última voluntad, y la que se dice ser su hija, que aspira y viene aspirando con toda vehemencia á que la misma ni se respete ni se cumpla:

Y 3.º Resultar también infringidas por la sentencia de 23 de Diciem-

bre de 1890, la ley 11, tít. 13, Partida 6.ª, la 9.ª de Toro, y la de 16 de Mayo de 1835, que fijan los derechos de todo hijo natural á la herencia de su madre, al considerarlo como heredero forzoso, no existiendo descendientes legítimos; cuyas infracciones eran consecuencia de la resolución que pudiera darse á los dos primeros motivos del recurso; mediante ser claro que de prevalecer la opinión sustentada por los albaceas testamentarios de Doña P..., no podía considerarse á Doña E... como hija natural de aquélla, ni tener ó asistirla los derechos que en otro caso la concederían las citadas leyes, ni cabría, por lo mismo, la anulación del testamento de 27 de Julio de 1883 en la parte en que se ha efectuado:

Resultando que el Ministerio fiscal ha estado conforme con la admisión del recurso, y oído el Magistrado Ponente, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que apoyándose el presente recurso, en cuanto al primero de los motivos de casación que en él se alegan en el núm. 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se llenan, no obstante, los requisitos por el mismo exigidos, puesto que no se citan documentos ó actos auténticos de la índole y carácter á que la ley alude y que pudieran demostrar el error de hecho que se dice haber cometido la Sala sentenciadora, refiriéndose tan sólo á manifestaciones que, según los resultandos de la sentencia dictada en la primera instancia del pleito, hiciera la misma parte que se oponía al reconocimiento de hija natural pretendida por Doña E..., y de deducciones que los recurrentes hacen de actos ú omisiones de aquélla:

Considerando, con respecto al segundo motivo de casación, que consiste en la infracción atribuída al Tribunal sentenciador de la ley 11 de Toro, que se opone á su admisión el precepto del núm. 7.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque en el recurso se expresa que la indicada ley de Toro exige el reconocimiento del hijo por la madre para que pueda tener la condición de natural, siendo asi que sólo se refiere dicha disposición al reconocimiento por parte del padre:

Considerando, por último, que las otras infracciones que se alegan en el tercer motivo parten de apreciaciones de hechos contrarios á las consignadas en el fallo de la Audiencia, y que por consiguiente no pueden tampoco ser aceptadas;

No ha lugar, con las costas, á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. G..., como uno de los albaceas testamentarios de Doña P...; devuélvase el depósito constituído para dicho recurso, líbrese á la Audiencia de... la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 6 de Mayo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 19 de Julio del mismo año.)

141

Recurso de casación (9 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de acuerdos sobre venta de aguas.*—No ha lugar al interpuesto por D. José Fernández en pleito con el Ayuntamiento y Junta de regantes de Peligros (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que el art. 257 de la ley de Aguas consagra en tésis general el respeto á los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad á su publicación, y el 234, aplicando este principio á las Comunidades de regantes, previene que

ninguno de sus individuos sea perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y uso por la introducción de cualquiera novedad en la cantidad, aprovechamiento ó distribución de las aguas del término regable, preceptos que no prohiben la admisión de nuevos regantes en el seno de la Comunidad, ni siquiera la adopción de nuevas reglas para el disfrute de las aguas; y antes bien, el último de ellos, en relación con el 233, presupone la posibilidad de que así ocurra y reputa compatibles y conciliables entre sí los derechos preexistentes con los nuevamente creados, como realmente lo son, mediante el arreglo de los turnos de riego expresamente determinado con tal objeto para el caso de que la variedad de derechos provenga de haberse aumentado el caudal de las aguas colectivamente aprovechadas, no ya á costa de todos, sino tan sólo de alguno de los regantes á quienes se reserva su disfrute privativo por tal medio, sin perjuicio de los antiguos regantes:

Que por ello las acciones creadas por acuerdo de la mayoría de una comunidad de regantes con derecho á disfrutar las aguas de su pertenencia, no perjudican ni menoscaban el derecho de la minoría por el mero hecho de su creación, sino que en su caso provendría la lesión de tal derecho tan sólo del reparto de los turnos; y disponiéndose que se restituya á los individuos de la minoría en el disfrute de las aguas de su dotación, según lo tenían antes de aquel suceso, lejos de infringirse se aplican recta y aun rigorosamente los artículos 257 y 234 de la mencionada ley:

Que aun en el supuesto de que los individuos de la minoría, por ser miembros de la Comunidad de regantes tuviera un derecho de propiedad distinto del de la Corporación municipal que con autorización de la mayoría de la Junta general de regantes adoptó el mencionado acuerdo, no podía extenderse á más que al disfrute de las aguas de su dotación en las condiciones que venían disfrutándola antes de crearse y enajenarse las nuevas acciones:

Que la sentencia que así lo estima, no habiéndose por aquel acto enajenado ni siquiera menoscabado tal derecho, no infringe el principio según el que nadie puede dar lo que no tiene, ni la jurisprudencia en cuya virtud la facultad que tiene el dueño de una cosa de hacer de ella y en ella lo que quiera, se entiende con arreglo á derecho y sin perjuicio de tercero, si estas infracciones se alegan bajo la hipótesis contraria de que la Comunidad de regantes vendiese una cosa ajena ó hiciera una cesión de cosa propia en daño de tercero:

Que carece de eficacia la cita de la ley del contrato como infringida, bajo el supuesto de que el reglamento de una Sociedad tiene aquel carácter entre los socios, si no se determina concretamente el precepto ó pacto donde se regule el derecho que se supone vulnerado, y no habiéndose traído el texto de dicho reglamento hay absoluta imposibilidad de apreciarlo:

Que el art. 231 de la ley de Aguas, ya sólo, ya relacionado con el 190, se refiere al modo de formarse las Ordenanzas de riego para las Comunidades de regantes que carezcan de ellas, ó de reformarse las ya existentes, materia propiamente administrativa, y por lo mismo no controvertible en la vía judicial, donde sólo pueden tratarse y decidirse las cuestiones que afecten á los derechos civiles de los particulares.

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Mayo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sagrario de la ciudad de Granada y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por Doña Adela Calleja Sánchez, vecina de dicha ciudad, y D. Juan Morales Jiménez y D. José Fernández López, propietario, vecinos ambos de Peligros, con el Ayuntamiento y Junta de regantes de dicho pueblo de Peligros, representada esta última en ambas instancias por los estrados respectivos, sobre nulidad de ciertos acuerdos de venta de aguas, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante D. José Fernández López, y en su defensa y re-

presentación por el Letrado D. José Garzón y Pérez y el Procurador Don Juan Pascual García; habiendo estado defendido y representado en este recurso el Ayuntamiento de Peligros por el Letrado D. Pedro Díaz Cassou y el Procurador D. Manuel Martín Veña:

Resultando que los pueblos de Albolote y de Peligros, poseedores de antiguo para el riego de sus tierras de cierto caudal de aguas originarias del río Bermejo, conocidas con el nombre de los Chorros de Cogollos, que, tomándolas en el sitio llamado Prado de la Teja, conducen con otros sobrantes por la acequia denominada la Beira, convinieron en escritura de concordia de 1605 que el pueblo de Peligros tomaría la cantidad que cabía por una teja morisca y el de Albolote aprovecharía el resto del caudal; pero habiéndose suscitado diversos pleitos entre ambos pueblos con motivo de tal distribución de aguas, se llegó á una transacción, consignada en escritura pública de 30 de Noviembre de 1887, en la que se dejó establecido que todas las aguas que en aquella fecha corrían unidas por la antigua acequia de Albolote hasta el tomadero del Juncar, tanto las del río Bermejo como las vertientes del Güevejar que no fueran de propiedad particular, y cualesquiera otras que en lo sucesivo pudieran derivarse por dicha acequia natural ó artificialmente, serían, sin distinción, de los hacendados de Albolote y Peligros, y se distribuirían, tomando y disfrutando todas las aguas los hacendados de Albolote desde las ocho de la mañana de todos los sábados hasta las ocho de la noche de los miércoles, ó sean cuatro días y medio cada semana, y tomándolas luego los hacendados de Peligros desde las ocho de la noche de cada miércoles hasta las ocho de la mañana de los sábados, ó sean dos días y medio; cuyas aguas las aprovecharían y distribuirían unos y otros hacendados en sus tierras, conforme sus respectivos reglamentos:

Resultando que á propuesta del Alcalde acordó el Ayuntamiento de Peligros, en sesión de 12 de Abril de 1883, fundado en los artículos 137 de la ley Municipal y 171 de la de Aguas, la continuación de tres algibes para dotar á los vecinos pobres del agua necesaria para su consumo, y al fin de allegar los recursos necesarios para la obra, autorizaron al Presidente de la Junta general de regantes para que en la primera reunión propusiese el aumento del número de aguas comunes de la Teja, fijando á cada una de las seis horas de que se componía, el precio de 125 pesetas para que en pública licitación las adquiriera el propietario que deseara aumentar el aprovechamiento que disfrutaba; y en 22 del mismo mes la Junta general de regantes, atendidas las ventajas que obtenía el vecindario de Peligros, acordó por 16 votos contra dos, uno de éstos el de D. José Fernández López, el aumentar al reparto 20 aguas, subastándolas por el tipo de 125 pesetas cada una, para con su producto hacer los depósitos ó algibes, autorizando al Ayuntamiento para la subasta hasta obtener la cantidad necesaria para las obras:

Resultando que en vista de tal autorización se instruyó por el Ayuntamiento el expediente necesarió para la subasta de las aguas, que tuvo lugar bajo el pliego de condiciones formado al efecto, en los días 4 y 11 de Noviembre siguiente, quedando adjudicadas seis aguas á D. Francisco Valdés, una á D. Manuel López y ocho á D. Francisco Guerrero Urbano, Presidente entonces de la Junta de regantes, quedando las cinco restantes sin subastar:

Resultando que D. José Fernández López dedujo en unión de otros dos, en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sagrario de Granada, en 16 de Julio de 1884, la demanda de este pleito, con la solicitud de que se declarara en definitiva que la cesión y subasta de las aguas de que se trataba eran nulas y contrarias á derecho, dejándolas sin efecto y mandando reintegrar totalmente á los demandantes en el ejercicio legítimo de

un derecho y posesión en que estaban de las aguas susodichas, y en su apoyo alegó: que la parte de las aguas de Chorros de Cogollos, correspondiente al pueblo de Peligros, se aprovecha exclusivamente para el riego de las tierras de su término que por su situación pueden realizarlo, á cuyo efecto los dueños de la misma, que componían la Comunidad de regantes, formaron un reglamento en 1845, mandando llevar á efecto por el Jefe superior político de la provincia, llamado de Aguas de Peligros, en cuyo artículo 1.º se consignaba lo mismo que se había hecho constar después en la escritura de transacción con el pueblo de Albolote; en el 2.º, que las aguas expresadas correspondientes al pueblo de Peligros, conocidas con el nombre de la Teja ó Chorros de Cogollos, se distribuirían entre los regantes que formaban la Comunidad, según las suertes ó aguas que cada uno disfrutaba, conforme á su propiedad, repartiéndose las sesenta horas semanales que componían el total entre el número de majales que representaba la propiedad regable, y estableciéndo en los artículos 5.º y 6.º las reglas de distribución de las aguas por señalamiento de un número cierto de majales que representaba la propiedad regable, tocando á cada uno media hora en un repartimiento que se verificaba cada siete meses próximamente; que en el art. 19 se disponía que los propietarios de dichas suertes de aguas podrían aprovecharlas donde más las necesitaran, dentro del término y solamente en las tierras que hasta el día estaban en posición de ser regadas; en el 24, que los que disfrutaban aguas, ya de riego, ya potables, no darían cantidad alguna ni tendrían otros gastos que el salario de los guardianes, el jornal de los regadores y el canon que se pagaba por las aguas; y en el 32, que todos los hacendados de Peligros, tanto vecinos como forasteros, tenían obligación de contribuir en proporción de su propiedad con las cantidades precisas para el fomento y conservación de las aguas ya judicial ya extrajudicialmente; que el propietario goza de todos los derechos anejos á su propiedad mientras por causa de utilidad pública y mediante la correspondiente indemnización no sea privado de ella; sin cuyos requisitos habían sido privados los demandantes por el Ayuntamiento y Junta de regantes de Peligos de la propiedad que en parte les correspondía sobre las aguas vendidas; que el Ayuntamiento y Junta de regantes demandados habían prescindido también de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 de la ley de Aguas, así como del 233, en que se establece que las Comunidades de regantes formarán las ordenanzas de riego con arreglo á las bases establecidas en la ley, sometiéndolas á la aprobación del Gobierno, quien no podrá negarlas ni introducir variaciones, sino ir sobre ello al Consejo de Estado; por cuya razón, aunque algunos de los regantes de Peligros hubieran concedido autorización al Ayuntamiento para enajenar parte de las aguas que disfrutaban con otros propietarios, habiendo ya ordenanzas de riegos establecidas desde 1845, por las que venían rigiéndose, no habían podido alterarse sin las formalidades previas, según la ley; que también había que tener presente el art. 234 de la misma ley, en que se dice que en los regadíos existentes á la sazón regidos por reglas ya escritas, ya consuetudinarias de una Comunidad de regantes, ninguno será perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y uso por la introducción de cualquier novedad en la cantidad, aprovechamiento ó distribución de las aguas en el término regable; por cuyo motivo los regantes con las aguas de Chorros de Cogollos, cuyo régimen de riego estaba existente á la publicación de la ley de Aguas por reglas escritas consignadas en el reglamento susodicho de 1845, no habían podido ser perjudicados ni menoscabados en sus derechos por las novedades que se habían introducido en las expresadas aguas, y que también quedaban á salvo los derechos de los particulares, en virtud de lo dispuesto en el art. 257 de la repetida ley:

Resultando que el Ayuntamiento y Junta de regantes demandados impugnaron la demanda, pidiendo se les absolviera de ella, con imposición de costas á los demandantes; á cuyo efecto, después de prestar su conformidad á todos los hechos expuestos en la demanda, dijeron: que en virtud de lo establecido en el reglamento de Aguas, á cada majal correspondía media hora próximamente de todas las aguas en cada sorteo; cuya cantidad, aunque variable por la mayor ó menor abundancia, era inalterable en cuanto al derecho; que por los acuerdos y actos de las Corporaciones demandadas, en nada se había cambiado el antiguo orden y régimen de riego que se venía observando en cuanto se refería á las tierras de los mismos demandantes, ni se había dispuesto en lo más mínimo de su propiedad ni se les había despojado de la posesión; que tan era así, como que en sesión de 26 de Junio de 1884, celebrada por el Ayuntamiento y los asociados, al ocuparse de la construcción de los algibes á que se destinaba el producto de las aguas vendidas, y mencionar los ingresos con que se contaba para ello, se había dicho que consistían en el producto de la subasta de 20 aguas de seis horas, al tipo de 125 pesetas cada una, voluntariamente cedidas por los propietarios, constituídos en su gran mayoría en Junta de regantes; habiendo quedado aprobado en dicha Junta el proyecto y presupuesto de las obras con los indicados ingresos que voluntariamente había cedido la Comunidad de regantes; que elevado después dicho acuerdo de construcción de los algibes á la aprobación del Gobernador civil, los aprobó, en efecto, bajo ciertas condiciones, que consignó en oficio de 18 de Junio de 1885, siendo la tercera, que se habían de respetar los derechos que pudieran ostentar los propietarios que se habían opuesto á la venta de las aguas, puesto que no se les podía obligar á ceder su propiedad en beneficio del pueblo, como espontáneamente lo habían hecho los demás propietarios; que en perfecta conformidad con dicho acuerdo y con todo lo demás expuesto, el Presidente de la Comisaría de la Comunidad de regantes había dirigido en su tiempo el oportuno oficio á los demandantes para que concurrieran al sorteo de las aguas en la integridad que les correspondía; lo cual, lejos de constituir un allanamiento á la demanda, era una directa contradicción á la misma, pues en ella se pedía la nulidad de la venta que se había hecho de 15 aguas, y la legitimidad de tal venta quedaba preestablecida con el turno íntegro dejado á los demandantes, conforme antes lo disfrutaban; siendo evidente que los demandantes carecían de título para impugnar aquella venta, porque en nada les tocaba ni correspondía las 15 aguas vendidas, y que por razón de lo expuesto carecían de aplicación al caso las disposiciones legales invocadas en la demanda, especialmente los artículos de la ley de Aguas:

Resultando que los demandantes replicaron pidiendo se accediera en definitiva á lo pretendido en la demanda, restableciéndose en su consecuencia el régimen que se seguía en el reparto de las aguas al ser y estado en que se encontraba al realizarse los actos referidos de cesión y venta de 20 aguas, y á las alegaciones expuestas en la demanda, añadieron: que poco antes de que se contestase aquélla habían recibido un oficio del Presidente de la Comisaría de regantes, invitándoles á que concurrieran al nuevo sorteo de las aguas de la Teja, que había de verificarse para que señalaran y probaran en aquel acto los perjuicios que hubiesen sufrido en sus derechos sobre las aguas, en cuya integridad, tanto de cantidad como de turno, habían de ser respetados, como disponía en su resolución el Gobernador civil de la provincia; á lo cual habían contestado con diferentes observaciones para convencer al Presidente de la Comisaría de la necesidad en que se hallaba de prestar ante el Juzgado su allanamiento á la demanda, pues no otra cosa podía significar lo manifestado en aquel oficio; y que la cesión de los regantes de Peligros, sobre cuya validez ó nulidad

se discutía, no se limitaba al derecho que les correspondía á los cedentes en la cantidad y tiempo que ellos mismos venían disfrutando de las aguas, sino que aumentaba el número de los partícipes en ellas, disminuyendo en la proporción de 20 á 281, ó sea en un 7 por 100 la propiedad de todos los regantes, lo cual constituía alteración del régimen establecido por las ordenanzas, completamente prohibido por las leyes de la materia; y por su parte los demandados insistieron también en la dúplica en lo pedido y alegado en su contestación, repitiendo que en nada se había cambiado el antiguo orden y régimen de riegos que se venía observando en cuanto se refería á las tierras de los demandantes; pues si la cesión y subasta de las aguas había producido algún trastorno ó perturbación en dicho régimen de riegos, era sólo para aquéllos que voluntariamente se habían prestado á la cesión; y añadiendo que, conforme al art. 237 de la ley de Aguas, las Comunidades de regantes pueden dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales, y sobre todo establecer los turnos rigurosos de agua; en virtud de cuyo precepto era evidente que la Comunidad de regantes demandada podía establecer el turno y distribución de las aguas, respetando á los actores el suyo y el orden, como lo venían aprovechando, y repartiendo el perjuicio ó retraso por la subasta de las 15 aguas entre los demás que lo aceptaban, sin que la reparación del perjuicio de los demandantes exigiera necesariamente la nulidad de la cesión y subasta que en nada afectaba á sus derechos:

Resultando que la parte demandante tan sólo utilizó el trámite de prueba con diversas justificaciones, y apelada únicamente por el Ayuntamiento de Peligros la sentencia que dictó el Juzgado, se sustanció la alzada en cuanto á la Junta de regantes con los estrados del Tribunal, y en 30 de Mayo de 1890 dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada declarando la validez y eficacia del acuerdo de la Junta de regantes del pueblo de Peligros de 22 de Abril de 1883, por el que se aumentaron al reparto 20 aguas, subastándolas bajo el tipo cada una de 125 pesetas y de las subastas verificadas en 4 y 11 de Noviembre de igual año, entendiéndose, por tanto, la expresada validez en cuanto no perjudique al derecho sustentado por los demandantes en este pleito; declarando asimismo que ha sido procedente el ejercicio de la acción real reivindicatoria por los demandantes Doña Adela Calleja Sánchez, D. Juan Morales Jiménez y Don José Fernández López, y reconociéndoles, en su consecuencia, el derecho al aprovechamiento de las aguas de la Teja ó Chorro de Cogollos en el turno y cantidad que disfrutaban antes de realizarse por la Junta de regantes y Ayuntamiento de Peligros, los actos cuya validez y eficacia queda reconocida, condenando, en su virtud, á la expresada Junta y al Ayuntamiento á restituir á dichos demandantes en el derecho que como propietarios de las tierras de Peligros tienen sobre las referidas aguas en la misma forma en que venían disfrutándolo antes de que llevase á cabo la cesión y subasta, restableciendo en cuanto á los mismos el régimen al ser y estado en que se encontraba al realizarse dichos actos y á la indemnización de los perjuicios causados, á reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de esta sentencia; y resolviendo, por último, no haber lugar á declarar el desistimiento solicitado por los regantes de Peligros, reservándoles su derecho para que puedan ejercitarlo en la forma y tiempo procedentes, sin hacer especial condenación de costas de ambas instancias:

Resultando que D. José Fernández López interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, citando en su apoyo como infringidos:

1.º El art. 234 de la vigente ley de Aguas de 13 de Junio de 1873 y la Real orden de 9 de Junio de 1880, en el sentido de que, preceptuando am-

bos que en los regadíos existentes y regidos por reglas ya escritas, ya consuetudinarias de una Comunidad de regantes, ninguno será perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y usos por la introducción de cualquier novedad en la cantidad, aprovechamiento ó distribución de las aguas en el término regable; y habiendo reconocido la sentencia recurrida que el aumento de las acciones, no sólo introduce novedad en el régimen establecido por el Reglamento, sino que menoscaba y perjudica el derecho de los regantes porque sufren retraso en el uso del agua, y porque con el aumento de 20 acciones se merma en un 7 por 100 el derecho antiguo adquirido por los regantes, es claro y evidente que no ha debido sostenerse el acuerdo de la mayoría de la Comunidad de regantes de 22 de Abril de 1883, y que la Sala sentenciadora debió declarar su nulidad, como lo hizo el Juez de primera instancia:

2.º La ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en concordancia con el reglamento de 1845 porque se rige la Comunidad de regantes de Peligros, en el concepto de que siendo el citado reglamento la ley de la asociación, y consignándose en el mismo el número de acciones de que se compone la Comunidad y demás reglas á que tiene que sujetarse la distribución de las aguas Chorros de Cogollos al aumentar parte de los individuos que componen la Comunidad el número de acciones, se altera el régimen, distribución y acciones establecidas de antiguo, y es visto que se infringe la ley de la misma asociación, que es la del convenio, que el mismo reglamento representa, por cuyos fundamentos ha debido declararse la nulidad del acuerdo que aumentó el número de acciones ó partícipes en las referidas aguas:

3.º El art. 231 de la citada ley de Aguas, en relación con el 190 de la misma y Reales órdenes de 30 de Mayo y 17 de Julio de 1883 y 26 de Junio de 1879, en el sentido de que preceptuándose como en el 234, que los aprovechamientos que tengan un régimen especial consignado en sus ordenanzas, continuarán sujetos al mismo mientras no se modifique el reglamento con arreglo á lo previsto en la misma ley, con iguales trámites que para la formación de ordenanzas y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 190 de la misma, es claro y evidente que la Junta de regantes de Peligros ha debido cumplir y observar su reglamento que sólo autorizaba 281 acciones; y para aumentarlas ha debido modificar antes aquel reglamento con la aprobación del Gobierno, oyendo al Consejo de Estado, cosas que no se han hecho, y por tanto no ha debido declararse la validez del acuerdo y subasta como consecuencia del mismo, pues el aumento de acciones implica nuevas concesiones de agua, y el art. 190 preceptúa que no pueden acordarse sin demostrarse el exceso de aguas, sobre cuyo exceso solamente cabe las nuevas concesiones que en el caso de autos viene á ser el aumento de acciones:

4.º El art. 257 de la repetida ley de Aguas, en el sentido de que, preceptuando el mismo que todo lo que dispone la ley es sin perjuicio de los derechos adquiridos con anterioridad á la misma, claro y evidente es también que aunque existiera algún precepto en la ley que autorizara á hacer el aumento de acciones, no podía desconocer ni anular el derecho que el recurrente ostenta de antiguo en cuanto á la cantidad, tiempo y turno, con relación á las 281 de que se componía el caudal de aguas Chorros de Cogollos:

5.º El principio de derecho reconocido por la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, según el que, nadie puede dar lo que no tiene, pues componiéndose la Comunidad de regantes de una colectividad que representa las 281 acciones en que se distribuyen las aguas; estando todos sus individuos relacionados en cuanto al turno riguroso de aprovechamiento, cantidad y tiempo y uso del agua en relación también con sus acciones,

no pueden aumentarse éstas sin que todos los demás dejen de experimentar perjuicio evidente en el aumento referido, y por consiguiente, sólo es lícito á cada uno ceder su individual derecho ó acciones que represente por completo y sin aumentar el número de partícipes, porque de esa sola manera es como no puede perjudicarse á los demás asociados; pero aumentando el capital que las acciones representan, claro es que se grava la situación de los demás, y la sentencia no ha debido consentirlo, sino prohibirlo, como lo prohibió el Juez de primera instancia en su fallo;

Y 6.º La jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias en las de 24 de Febrero de 1855, 7 de Octubre de 1865 y 27 de Octubre de 1866, en el sentido de que, estableciéndose en ellas que la facultad que tiene el dueño de una cosa de hacer de ella y en ella lo que quiera, no es tan absoluta que pueda obrar contra derecho, ni en perjuicio ni ofensa de los de un tercero; y que dicha facultad de disponer se ha de entender, á menos que se halle limitada por ley, ó por pacto, ó por costumbre, es claro y evidente que, aunque á los individuos que componen la colectividad llamada Comunidad de regantes de Peligros, se les reconozca el derecho sobre las mismas aguas, no pueden disponer de ellas en forma que perjudique á los demás, como sucede en el caso que nos ocupa, puesto que su absoluto derecho está limitado por el de los demás individuos de la colectividad, por su reglamento y por la costumbre inmemorial de que no excedan las acciones de 281.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que el art. 257 de la ley de Aguas consagra en tesis general el respeto á los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad á su publicación, y el 234, aplicando este principio á las Comunidades de regantes, previene que ninguno de sus individuos sea perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y uso por la introducción de cualquiera novedad en la cantidad, aprovechamiento ó distribución de las aguas del término regable, preceptos que no prohiben la admisión de nuevos regantes en el seno de la Comunidad, ni siquiera la adopción de nuevas reglas para el disfrute de las aguas; y antes bien, el último de ellos, en relación con el 233, presupone la posibilidad de que así ocurra y reputa compatibles y conciliables entre sí los derechos preexistentes con los nuevamente creados, como realmente lo son, mediante el arreglo de los turnos de riego expresamente determinado con tal objeto para el caso de que la variedad de derechos provenga de haberse aumentado el caudal de las aguas colectivamente aprovechadas, no ya á costa de todos, sino tan sólo de alguno de los regantes á quienes se reserva su disfrute privativo por tal medio, sin perjuicio de los antiguos regantes:

Considerando, por ello, que las acciones creadas por acuerdo de la mayoría de la Comunidad de regantes de Peligros, con derecho á disfrutar las aguas de su pertenencia, no perjudican ni menoscaban el derecho de la minoría por el mero hecho de su creacción, sino que en su caso provendría la lesión de tal derecho tan sólo del reparto de los turnos; y disponiéndose en la sentencia recurrida, conforme en este punto con lo pedido en la demanda, que se restituya al recurrente en el disfrute de las aguas de su dotación según la disfrutaba antes de aquel suceso, lejos de infringirse, aplícanse recta y aun rigurosamente los artículos 257 y 234 de la mencionada ley que se invocan en apoyo de los motivos 1.º y 4.º del recurso:

Considerando que aun en el supuesto de que el recurrente por ser miembro de la Comunidad de regantes tuviera un derecho de propiedad distinto del de la Corporación, no podía extenderse á más que al disfrute de las aguas de su dotación en las condiciones que venía disfrutándola antes de crearse y enajenarse las nuevas acciones; y que no habiéndose

por tal acto enajenado ese derecho, ni siquiera menoscabado, evidente es que no se han cometido las infracciones alegadas en los motivos 5.º y 6.º del recurso, bajo la hipótesis contraria de que la Comunidad de regantes vendiese una cosa ajena ó hiciera una cesión de cosa propia en daño de tercero:

Considerando que el motivo 2.º del recurso, donde se alega la infracción de la ley del Contrato bajo el supuesto de que el reglamento de la Comunidad tiene tal carácter entre los regantes, carece de eficacia por no hallarse determinado concretamente el precepto ó pacto donde se regule el derecho que se supone vulnerado; y porque no habiéndose traído el texto de dicho reglamento hay absoluta imposibilidad de apreciarlo:

Considerando que en el motivo 3.º del recurso se plantea una cuestión ajena á la competencia de la jurisdicción ordinaria, porque el art. 231 de la ley de Aguas, ya solo, ya relacionado con el 190, se refiere al modo de formarse las Ordenanzas de riego para las Comunidades de regantes que carezcan de ellas, ó de reformarse las ya existentes, materia propiamente administrativa, y por lo mismo no controvertible en la vía judicial, donde sólo pueden tratarse y decidirse las cuestiones que afecten á los derechos civiles de los particulares, de donde se sigue que tal motivo no puede servir de base para impugnar la sentencia recurrida;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Fernández López, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha ha remitido.—(Sentencia publicada el 9 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Julio del mismo año.)

142

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (9 de Mayo de 1891). —Sala tercera.—*Nulidad de venta.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Juana Pérez en pleito con la Empresa del ferrocarril de Villanueva (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que no ha lugar á admitir el recurso cuando en él no se expresa con precisión y claridad la ley y doctrina legal que se crea infringida, así como el concepto en que lo haya sido, cual lo dispone el art. 1718 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que D. Rafael Cabrera Mihonra entabló demanda contra la Empresa del ferrocarril de Villanueva sobre nulidad de la venta de unos solares é indemnización de daños y perjuicios, fundado en que perteneciendo á la testamentaría de D. Rafael Cabrera se habían enajenado por el albacea sin el consentimiento de los representantes legítimos de la sucesión de aquél:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, por sentencia confirmatoria con las costas de 30 de Agosto de 1890, absolvió de la demanda á la Compañía demandada:

Resultando que Doña Juana Pérez, viuda de D. Rafael Cabrera, por sí y en representación de sus hijos menores, ha interpuesto recurso de casación, alegando que de los hechos que consigna en su escrito se deduce que se han infringido:

1.º Las leyes 1.ª, 2.ª, 8.ª y 10 (no dice título) de la Partida 6.ª, referentes á las atribuciones de los albaceas:

2.º El art. 1.º de la ley de Expropiación forzosa de 17 de Julio de 1836;

Y 3.º La ley 8.ª, tít. 29, Partida 3.ª, y 9.ª, tít. 19, Partida 6.ª, en la cual se trata de la prescripción en relación con los menores, alegando, respecto á la procedencia de la admisión del recurso, que la sentencia era definitiva, y en tal concepto estaba comprendida en el caso 1.º del art. 1689 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que el recurso se fundaba en infracción de ley y doctrina legal, siéndole, por tanto, aplicable el núm. 1.º del art. 1691, y estando comprendido en el núm. 2.º del art- 1692 de dicha ley.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que no ha lugar á admitir el recurso cuando en él no se expresa con precisión y claridad la ley y doctrina legal que se crea infringida, así como el concepto en que lo haya sido, cual lo dispone el art. 1718 de la citada ley:

Considerando que aun dado caso que se admita la cita que se hace de los artículos de la ley Procesal de la Península, suponiéndolo equivocación material, es de observar que la de leyes infringidas no se hace con precisión y claridad ni se expresa el concepto en que lo hayan sido;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Juana Pérez, por sí y en representación de sus hijos, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 9 de Mayo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 19 de Julio del mismo año.)

143

RECURSO DE CASACIÓN (11 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Reivindicación.*—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco Velasco en pleito con D. Rafael Aynat (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que es improcedente el recurso que se dirige contra la sentencia absolutoria de una demanda sobre reivindicación, si aquélla se funda primera y principalmente en que no habiéndose probado la identidad de la cosa demandada, y por tanto, el dominio que en ella tenga el demandante, debe ser absuelto el demandado, con arreglo á la ley 18, tít. 29, Partida 3.ª, y á la doctrina legal por el Tribunal Supremo establecida en diferentes sentencias, sin que contra esta declaración y fundamento se haya expuesto cosa alguna por el recurrente:

Que no ha lugar al recurso por el que sólo se impugnan doctrinas más ó menos exactas de los considerandos que por sí mismos no pueden ser objeto de casación, y mucho menos cuando el fallo no se funda exclusivamente en ellas.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Villena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por D. Francisco Velasco y Navarro, propietario, vecino de Moratalla, representado por el Procurador D. Juan Pascual García y defendido por el Letrado D. Pedro Díaz Cassón, con Don Rafael Aynat y Cifré, como marido de Doña Concepción Mergelina y Selva, propietario y vecino de Villena, y en su nombre D. Antonio Piñol, bajo la dirección del Licenciado D. José Filíu y Codina, sobre reivindicación de una finca:

Resultando que D. Juan Valera y Pinar, Beneficiado que fué de la parroquia de Santa María de Villena, fundó en su testamento varias vinculaciones perpetuas de carácter regular, dotándolas con determinados bie-

nes raíces, entre ellos una pieza de tierra de una peonía, en la Cañada, término de Villena, lindante con tierras del convento de la Trinidad, tierra de los herederos de Martín Hernández y senda del Puntal de los carniceros, para cuyo goce hizo el fundador diferentes llamamientos en personas de su familia:

Resultando que practicada en 25 de Enero de 1839 la división de los vínculos fundados por D. Juan Valera y Pinar, se adjudicaron al actual poseedor D. Ramón Velasco, en pago de la parte libre, en el partido de la cañada y Ondo de San Bernabé, jurisdicción de Villena, 12 tahullas de tierra blanca, secano, lindantes con tierras de Francisco Pardo, senda de herederos con las de D. Francisco García y con las de D. Francisco Cerdá, y en pago de la parte reservable para el inmediato sucesor D. Francisco Velasco Navarro 40 tahullas en la Cañada, de la ciudad de Villena, en dos piezas lindantes con tierras que pertenecieron á las monjas Trinitarias de dicha ciudad, senda de herederos, senda de la casa del Puntal y con Don Antonio Fernández Palencia:

Resultando que D. Ramón Velasco Navarro falleció en 25 de Marzo de 1877, y en 17 de Marzo de 1887 D. Francisco Velasco Navarro, previa celebración de acto conciliatorio y declaración de pobreza para litigar, dedujo la demanda objeto de estos autos, en la que, consignando los antecedentes que quedan referidos, expuso: que al entrar en el pleno goce de la mitad reservada que se le había asignado en la vinculación fundada por Valera, como sucesor inmediato de su padre, y al tratar de inquirir el paradero de una de las dos piezas de las que constaban las 40 tahullas indicadas, supo que la de cabida de 16 tahullas la disfrutaba un sujeto de Villena por compra que hizo al apoderado de su padre; y que la de 24 tahullas que era objeto de esta demanda, la venía cultivando y esquilmando desde mucho tiempo atrás D. Rafael Aynat y Cifré, como marido de Doña Concepción Mergelina y Selva, por lo cual, y porque hasta hacía poco tiempo había ignorado la existencia del título de ese inmueble á favor de Doña Concepción Mergelina, la reclamó dos veces á su marido en actos conciliatorios; pero al enterarse de dicho título había desistido de dirigir su acción contra Aynat y resuelto á ejercitarla como lo hacía contra su esposa, á la que, en la división de los bienes de la herencia de su padre el Marqués de Colomer, le fué adjudicado en pago de su legítima un trozo de 24 tahullas, poco más ó menos, en el partido de la Cañada, término de Villena, lindante por Sur con Francisco Cabanés, Norte D. Antonio Galbis Casanova; Poniente, camino de la casa, y Levante senda de herederos, cuya finca, aunque no conviniera en alguno de sus linderos con la que reclamaba, entendía que era la misma; que el inmueble que se quería reivindicar lo constituía actualmente un trozo de tierra plantado de viña comprensivo de 24 tahullas en término de Villena, partido de la Cañada, lindes Norte herederos de D. Luis Rodríguez de Mérida, Levante herederos de D. Antonio Payá, senda por medio, Mediodía herederos de Francisco Hernández, y Poniente camino del Puntal, cuya finca fué inscrita en la Contaduría de Hipotecas en 18 de Febrero de 1852, habiéndose rectificado la inscripción en 10 de Febrero de 1884; y haciendo uso de las acciones de nulidad y reivindicatoria, pidió se declarase que era nula la adjudicación que en pago de su legítima paterna se hizo á Doña Concepción Mergelina y Selva en la partición de los bienes de su padre el Marqués de Colomer, de una pieza de 24 tahullas, en el partido de la Cañada, término de Villena, lindantes por Sur con Francisco Cabanés, Norte D. Antonio Galbis Casanova, Poniente con el camino de la casa, y Levante con senda de herederos, y que las indicadas 24 tahullas de tierra, plantadas en el día de viñas, y lindantes ahora por el Norte con herederos de D. Luis Rodríguez de Mérida, por Levante con herederos de D. Antonio Payá, senda

por medio, por Mediodía con herederos de Francisco Hernández, y por Poniente con el camino del Puntal, corresponden en pleno dominio á Don Francisco Velasco Navarro, en concepto de sucesor inmediato á la mitad reservable de uno de los vínculos que fundó D. Juan Valera y Pinar por su testamento de 31 de Diciembre de 1644; y, como consecuencia de estas dos declaraciones, ordenar la cancelación total del asiento del dominio y del de rectificación del mismo que figuraban al folio 117 del Registro de fincas rústicas de Villena, correspondiente al año 1852, y obrante en los libros de la extinguida Contaduría de Hipotecas y á los folios del 87 al 90 del tomo 136 del nuevo Registro y Ayuntamiento de Villena, cuyos asientos se cancelasen únicamente en la parte que tenía relación con el citado inmueble, condenando al propio tiempo á Doña Concepción Mergelina, y en su nombre á su marido D. Rafael Aynat y Cifré á que dentro de quinto día entregase dicha finca á D. Francisco Velasco Navarro, con las rentas y frutos producidos y debidos producir desde el día 25 de Marzo de 1877 en que falleció el último poseedor de dicho mayorazgo, imponiéndole además las costas:

Resultando que al contestar la demanda D. Rafael Aynat presentó un testimonio de la hijuela formada á Doña Concepción Mergelina y Selva en la división de los bienes de su padre el Marqués de Colomer, en la que se le adjudicó en pago de su legítima, entre otros bienes, un trozo de 24 tahullas poco más ó menos, lindantes por Sur con Francisco Cabanés, Norte Don Francisco Galbis Casanova, Poniente camino de la casa, y Levante senda de herederos, habiendo sido aprobada la división por auto de 12 de Febrero de 1852, y tomádose razón en la Contaduría de Hipotecas en 18 del mismo mes y año, habiéndose inscrito y ratificado dicho documento por lo respectivo á las fincas sitas en término de Villena, ó sea una casa de labor en el partido del Campo y otra en el partido del Puntal, en el Registro de la propiedad en 10 de Febrero de 1874:

Resultando que en el escrito de contestación, consignó los hechos expuestos en la demanda relativos á la fundación y división de los bienes del vínculo con la salvedad de no aceptar como cierto que la finca que se describió en la división como dos piezas de la cabida de 40 tahullas en la Cañada, correspondía á la que se deslindaba como una pieza y como una peonía en el testamento de D. Juan de Valera y en la vinculación de que se trataba; que por escritura de 27 de Mayo de 1872 D. Francisco Velasco Navarro, como apoderado de D. Ramón Velasco, padre del demandante, vendió á D. Fulgencio Martínez Torregrosa una de las piezas de que se hacía mención en el número anterior, de cabida 16 tahullas, cuya pieza poseían en el día los herederos de dicho comprador; que entre ella y la que poseía Doña Concepción Mergelina existía otra pieza de cabida quizás de 24 tahullas ó más, que pertenecía á los herederos de D. Luis Rodríguez de Mérida; que la demandada adquirió la finca que se la reclamaba por herencia de su padre el Marqués de Colomer en la partición de sus bienes de 1852, quien á su vez la adquirió de suyo por herencia en 11 de Mayo de 1841, y éste por igual concepto, desprendiéndose de estos dos hechos que los ascendientes de Doña Concepción Mergelina, venían siendo dueños de la referida finca y poseyéndola desde 4 de Diciembre de 1789, por lo menos, y que ella la poseía también quieta y pacíficamente por espacio de más de treinta y cinco años, ó sea desde Febrero de 1852; que la adjudicación hecha á Doña Concepción Mergelina en pago de su legítima de la finca de que se trataba, no entrañaba vicio alguno de nulidad, porque perteneciendo á su padre por un título legítimo, al fallecimiento de éste pudo transmitirse y se transmitió realmente á aquélla el dominio que tenía, á la manera que había venido transmitiéndose entre sus ascendientes que resultaban ser dueños de la misma desde 1789 por lo menos; que para reivin-

dicar una cosa que se suponía detentada, era indispensable que el demandante justificase el derecho con que la pedía, y la identidad de la cosa misma; y que á la Sala sentenciadora correspondía apreciar en vista de las pruebas si el que había intentado la acción reivindicatoria había identificado la finca que reclamaba:

Resultando que suministrada prueba por las partes, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó en 27 de Junio de 1890 sentencia revocatoria, absolviendo á D. Rafael Aynat y Cifré, como marido de Doña Concepción Mergelina y Selva, de la demanda interpuesta por D. Francisco Velasco y Navarro, sin hacer condenación de costas de ninguna de las instancias:

Resultando que D. Francisco Velasco Navarro ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La ley 16, tít. 22 de la Partida 3.ª, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, contenida en las sentencias de 5 de Junio de 1860, 26 de Mayo de 1866 y otras que declaran contrarias á dicha ley de Partida las sentencias que se fundan en títulos y motivos no alegados, toda vez que la sentencia estimaba que los demandados habían prescrito el dominio de la finca reivindicada, lo cual equivalía á admitir la excepción de prescripción que no había sido alegada, pues decir simplemente que una cosa nos pertenecía por título de herencia desde hacía largos años, era alegar la adquisición por título de herencia, pero no por el de prescripción:

Y 2.º Y en el caso de que se hubiera alegado la prescripción, la doctrina de este Supremo Tribunal consignada en las sentencias de 7 y 9 de Diciembre de 1880, 27 de Junio de 1881 y otras, según la cual, los bienes de la mitad reservable siguen teniendo la naturaleza de imprescriptibles; y la prescripción no empieza á correr contra ellos sino desde la muerte del último poseedor que aquí falleció diez años menos tres días antes de la fecha en que se interpuso la demanda, que fué precedida del acto conciliatorio.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la sentencia recurrida se funda primera y principalmente en que no habiéndose probado la identidad de la cosa demandada, y por tanto el dominio en que en ella tiene el demandante, debe ser absuelto el demandado con arreglo á la ley 18, tít. 29, Partida 3.ª, y á la doctrina legal por este Tribunal Supremo establecida en diferentes sentencias, sin que contra esta declaración y fundamento se haya expuesto cosa alguna por el recurrente:

Considerando que sólo en hipótesis y en segundo término admite la sentencia la prescripción, que es contra la que se dirigen los dos motivos del recurso, por cuya razón sólo vienen á impugnarse en él las doctrinas más ó menos exactas de los considerandos que por sí mismos no pueden ser objeto de la casación, y mucho menos cuando el fallo no se funda en ellas exclusivamente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Velasco Navarro, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 11 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Junio del mismo año.)

144

Recurso de casación (12 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Indemnización de daños y perjuicios.*—No ha lugar al interpuesto por la Compañía de los ferrocarriles del Norte en pleito con D. Manuel González (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que es un principio legal inconcuso, reconocido así por el Derecho romano como por nuestra legislación patria (ley 3.ª, tít. 15 de la Partida 7.ª), que el que por su culpa ó negligencia causa ó da lugar á que se produzca un daño en la propiedad ajena viene obligado á la reparación ó indemnización del mismo:

Que estimándolo así, no infrinje la Sala sentenciadora dicha ley ni la primera del mismo título, y la 22, tít. 34, Partida 7.ª:

Que no infrinje las leyes 1.ª, 2.ª y 4.ª, tít. 13, Partida 3.ª, la sentencia que no desconoce la fuerza probatoria de la conoscencia, pues admite los hechos esenciales confesados judicialmente por la parte que la prestó, si bien deduciendo de los mismos consecuencias legales distintas de las que pretende deducir la parte contraria:

Que no cabe enriquecimiento torticero en quien usa de un derecho perfecto é indiscutible, ni en tal caso tiene aplicación la ley 17, tít. 34, Partida 7.ª:

Que á todo propietario corresponde el derecho de que su finca se considere libre de toda servidumbre ó gravamen que no se hallen establecidos legalmente:

Que la circunstancia de haber sido colocadas por la primitiva Compañía explotadora de una línea férrea las escombreras que con su derrumbamiento causaron daño, no es bastante á eximir á la nueva Empresa que desde tiempo antes de este suceso era en absoluto dueña del camino y de todas sus pertenencias, de las obligaciones que en tal concepto á ella sola y no á la primera incumbían, de afirmar aquéllas obras para evitar cualquier daño, tanto en las cosas como en las personas; y no habiéndolo hecho así, debe responder, cuando menos civilmente, del causado en la propiedad ajena por su notoria é inexcusable negligencia:

Que estimándolo así, no se infrinjen las leyes 1.ª, 2.ª y 4.ª, tít. 13, Partida 3.ª, y las reglas 14 y 18, tít. 34, Partida 7.ª.

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley seguido en el Juzgado de primera instancia de la Pola de Lena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Manuel González Pello, propietario y vecino de Campomanes, representado por el Procurador D. Luis García Ortega y defendido por el Letrado D. Pedro García y Fernández Fanjul, con la Compañía de los ferrocarriles del Norte de España, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Licenciado D. José Martínez Argulló, sobre indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que D. Manuel González Pello dedujo en 26 de Agosto de 1888 la demanda objeto de esos autos, alegando: que era dueño de dos casas sitas en el lugar de la Veguilina, á uno y otro lado de la carretera general, en las cuales tenía inquilinos, comercio y una panadería; que la Empresa del ferrocarril del Norte era dueña de unas escombreras de grande altura, á uno y otro lado del arroyo próximo ó adyacente á dichas casas, y en la pendiente montaña del lado derecho de la carretera de Alanero á Gijón; que las mencionadas escombreras, formadas de tierras, piedras y otras materias procedentes de los túneles y demás obras del ferrocarril, amena-

zaban una inminente ruina, derrumbándose sobre el arroyo, carretera y casas de González Pello, y á consecuencia de un desprendimiento de las escombreras, ocurrido en Marzo de aquel año, se precipitaron los materiales en su caída sobre el arroyo, carretera y casas, desviando la corriente de las aguas é introducídose éstas en dichos edificios hasta el punto de desalojar aquellas viviendas por los daños ocasionados y por el gravísimo riesgo que corrían los moradores en sus personas y en sus casas, por lo que se veía privado de los alquileres, de su comercio é industria de panadería, según todo constaba por el acta notarial que acompañaba; y que ya en 1884 dicha escombrera, por sus malas condiciones y falta de seguridad, había sido objeto de un interdicto promovido por D. Victoriano González, dueño entonces de una de las casas, que terminó por sentencia condenando á D. Rogelio Inchaurrandierta, Ingeniero de las obras, á hacer un muro de contención para la escombrera, no llevándose á efecto las obras por haberse ausentádo el condenado; que todo el que causaba un daño á otro estaba obligado á su indemnización, en cuyo sentido era responsable la Empresa del ferrocarril, pues siendo dueña de la escombrera debía depositar los materiales con seguridad para no causar daño ni ofrecer peligro á la propiedad ajena, y que no solamente estaba obligada la Empresa á la reparación del daño causado, sino también á quitar la escombrera ó á asegurarla con un muro de contención, suplicando por todo ello que se condenase á la Empresa del ferrocarril del Norte á pagar al demandante los daños y perjuicios causados en sus dos referidas casas con motivo de los desprendimientos de la escombrera de la Empresa, y á que quitase los escombros, ó en otro caso, hiciese las obras necesarias para evitar nuevos derrumbamientos y la amenaza y peligro que estaba ofreciendo la escombrera para los repetidos edificios, y con las costas:

Resultando que la Compañía de los Caminos de hierro del Norte impugnó la demanda, alegando: que no le constaba que fuesen de la pertenencia del demandante las dos casas que se expresaban, siendo inexacto que la inmediata á la fuente se hallase habitada en ningún tiempo, estando destinada desde su edificación á depósito de maderas, carbón y otros efectos y artículos de D. Luis Muñiz, el cual llevaba en arrendamiento la otra casa situada bajo la carretera; que las escombreras las colocó el Ingeniero D. Rogelio Inchaurrandieta en los años 1880 á 81, al verificar la construcción del ferrocarril de Asturias, sin que la Empresa del Norte, por actos anteriores á 1.º de Abril de 1885, se hubiese subrrogado en las obligaciones de la Empresa constructora, como aparecía del contrato de transferencia de la línea del Noroeste de España, elevada á escritura pública en 18 de Mayo de 1888; que eran infundados los temores que abrigaba el demandante respecto al peligro que podían ofrecer las escombreras, siendo debido exclusivamente lo ocurrido en el mes de Marzo de 1887 al mismo temporal que entonces reinó, alcanzando las nieves tal altura que taparon los huecos de las casas, á consecuencia de lo que, al derretirse, originaron el desbordamiemto de las aguas, arrastrando cuanto encontraron al paso; que bastaba ver la situación de las expresadas casas para convencerse de que por necesidad, en un temporal tan fuerte tenían que afluir á ellas, particularmente á la de la parte superior, las aguas que bajaban de la montaña, siendo, sin duda alguna, debido á esto el que no hubiera sido habitada desde la nueva edificación, no siendo tampoco cierto que los inquilinos tuviesen que abandonar las casas, puesto que la de la montaña no estaba alquilada, y el inquilino D. Luis Muñiz continuaba en la otra sin haberla desalojado más que por dos ó tres días; que la Compañía demandada no tuvo la más pequeña intervención en el acto que se suponía origen del daño causado, cuya existencia en todo caso correspondía justificar al demandante, y además que habían sido causados por la misma persona de

quien los reclamaba; y que habiéndose ejecutado las obras varios años antes de la fecha en que la Compañía se había subrrogado en las obligaciones de la anterior, era evidente su irresponsabilidad, pidiendo por todo ello que se le absolviese de la demanda, con imposición de costas al demandante:

Resultando que recibido el juicio á prueba, se puso testimonio con relación al juicio de interdicto promovido en el año 1887 por D. Victoriano González contra D. Rogelio Inchaurrandieta, sobre obra ruinosa, de un escrito presentado por el demandante en el que solicitó que se reconociera una escombrera hecha por orden de D. Rogelio, y en seguida se acordasen las medidas necesarias para procurar la debida seguridad de evitar perjuicios que pudiera originar á la casa el demandante, pretensión que fué estimada por el Juzgado en auto de 19 de Junio de dicho año, ordenando hacer las obras necesarias al efecto de preservar á dicha casa del peligro que corría con la escombrera:

Resultando que el demandante D. Manuel González Pello declaró absolviendo posiciones: que era cierto que una de las casas de su propiedad no se hallaba destinada á vivienda y sí ocupada por maderas, carbón y otros artículos, estando arrendada la otra á D. Luis Muñiz; que la escombrera objeto de los autos fué colocada hacía seis ú ocho años por la Empresa constructora del ferrocarril, á cuyo frente se hallaba el Ingeniero D. Rogelio Inchaurrandieta, sin que la Compañía de los ferrocarriles del Norte, después de la transferencia de las líneas, hubiese ejecutado obra alguna en ellas, siendo cierto que debido á un incendio, ocurrido hacía unos tres ó cuatro años, se destruyó y desapareció el edificio que D. Victoriano González tenía junto al caño, adquiriendo el declarante el solar en que construyó la casa que actualmente existía:

Resultando que también se puso testimonio de la escritura otorgada en esta corte á 18 de Mayo de 1885, por la que las Compañías de los ferrocarriles de Asturias, Galicia y León y la de los Caminos de hierro del Norte de España, ratificaron el contrato que habían celebrado en 10 de Marzo de aquel mismo año, por el que la Compañía de Asturias enajenó á la del Norte las concesiones y usufructo de las líneas de Palencia á Ponferrada y á la Coruña, León y Gijón y Oviedo á Trubia, obligándose la Compañía de Asturias á conservar á su cargo y liquidar por su cuenta todo el pasivo hasta el 31 de Marzo de 1885, para que la Compañía del Norte recibiese las líneas de Asturias, Galicia y León sin más cargas que las que resultasen de las leyes y actos de concesión de las mismas:

Resultando que practicado un reconocimiento judicial con asistencia de los defensores de las partes del terreno objeto de autos, haciéndose constar que la escombrera del ferrocarril inmediata á las casas del demandante se había corrido hacia delante, llegando los escombros hasta la referida casa, en la que causaron daños de consideración, advirtiéndose en la que se encontraba en la parte superior de la carretera señales de no haber sido habitada:

Resultando que suministrada además por una y otra parte prueba de testigos, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo dictó en 29 de Abril de 1890 sentencia confirmatoria, con las costas, condenando á la Compañía de los ferrocarriles del Norte á pagar á D. Manuel González Pello los daños y perjuicios causados en las dos casas de su pertenencia, sitas en el lugar de la Veguillinas, por los desprendimientos ocurridos en la escombrera que la Empresa tenía inmediata á ellas, y asimismo á que la referida Compañía quitase dicha escombrera, ó en otro caso, hiciese las obras necesarias para evitar nuevos derrumbamientos y la amenaza y peligro que estaba ofreciendo para los repetidos edificios:

Resultando que la Compañía de los Caminos de hierro del Norte ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º Las leyes 1.ª, 2.ª y 4.ª, tít. 13 de la Partida 3.ª, y la doctrina concordante con ellas, establecida en sentencias de este Supremo Tribunal de 25 de Noviembre de 1886, 18 de Noviembre de 1887 y otras, sobre que la confesión judicial en forma constituye prueba plena contra el que la hace, en relación con la regla 22, tít. 34, Partida 7.ª, según la cual el daño que uno recibe por su culpa lo debe imputar á sí mismo; y la ley 1.ª, título 15 de dicha Partida 7.ª, según la cual el daño es el menoscabo, empeoramiento ó destruimiento que se recibe por culpa de otro; porque habiendo confesado en posiciones el actor González Pello que una de las dos casas á que se refería su demanda, la que perteneció á D. Victoriano González, había sido destruída por un incendio hacía tres ó cuatro años, y comprado el solar por el declarante había edificado sobre ese solar la casa hoy existente, y confesado también que la escombrera en cuestión databa de hacía seis ú ocho años, habiendo incurrido la sentencia en el error evidente de no reconocer que la compra del solar y edificación de la casa de que se trataba era posterior indudablemente á la existencia de la escombrera, y había desconocido las leyes y doctrina invocadas, porque el daño que resultase ó pudiera resultar de la construcción hecha en las circunstancias confesadas por el actor había de venir á cargo del mismo, que había de atenerse á las consecuencias de sus propios y voluntarios actos:

2.º La regla 17, tít. 34, Partida 7.ª, en la parte de la sentencia que se refería á la misma casa mencionada, porque de prevalecer el fallo resultaría que se había de dar á la casa y al solar, y, por lo tanto, en que se edificó, condiciones distintas y mejores evidentemente de las que tenía al ser adquirido ese solar, habiendo, por lo tanto, un enriquecimiento torticero, no sólo por lo relativo á las relaciones de González Pello con el vendedor del solar, sino á las del mismo Pello con la Compañía, de quien sacaría la concesión para ese solar y casa, ventajas que nadie le había asegurado:

3.º Las mismas leyes 1.ª, 2.ª y 4.ª, tít. 13, Partida 3.ª, y doctrina invocada en la primera infracción sobre la confesión en juicio, en relación con la regla 18, tít. 34, Partida 7.ª, sobre que la culpa de uno no empece á otro que non haya parte; y con la doctrina también declarada en sentencia de este Supremo Tribunal de 9 de Diciembre de 1873 y otras, relativa á que los daños y perjuicios sólo pueden reclamarse contra quien los haya causado, porque confesado que la escombrera fué colocada hacía seis ú ocho años, ó sea antes del de 1885, y que la Compañía del Norte no había tocado siquiera á ella, era indudable que si con esa colocación hubiese daños y perjuicios, podría reclamarlos del destajista ó Empresa constructora de los ferrocarriles de Asturias, Galicia y León, pero no de la Compañía del Norte, que no las había causado y que no se había comprometido á levantar las responsabilidades de la Compañía que le precedió, anteriores al 31 de Marzo de 1885, según demostraba la escritura pública de 18 de Mayo del mismo año, la cual era un documento fehaciente, cuyo texto había desconocido también el Tribunal sentenciador al no reconocer, á pesar del art. 4.º del contrato allí inserto, que tratándose de una escombrera puesta antes de ese año 1885, la Compañía del Norte no tenía que ver cosa alguna con las consecuencias que con dicha colocación se hubieran originado ó se originasen:

Y 4.º La regla 14, tít. 34, Partida 7.ª, según la cual no injuria á otro el que usa de su derecho, porque no habiendo hecho la Compañía del Norte cosa alguna en la escombrera de que se trataba y que encontró al hacerse cargo de los ferrocarriles del Noroeste, y no habiendo variado, por tanto, las condiciones de la escombrera, no podía constituir injuria ó daño para un tercero, como lo era para la misma Compañía González Pello, el que la

Compañía del Norte usara de sus derechos y de sus propiedades, según se le transmitieron.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Salvador Viada:

Considerando que es un principio legal inconcuso, reconocido así por el Derecho romano como por nuestra legislación patria (ley 3.ª, tít. 15 de la Partida 7.ª), que el que por su culpa ó negligencia causa ó da lugar á que se produzca un daño en la propiedad ajena viene obligado á la reparación ó indemnización del mismo:

Considerando que siendo hechos ciertos, admitidos por el Tribunal sentenciador: primero, que á consecuencia del derrumbamiento de parte de una de las escombreras que la Compañía de los ferrocarriles del Norte tiene en el lugar de la Veguillina, los materiales fueron á chocar contra las casas de D. Manuel González Pello, causando en las mismas daños de consideración; y segundo, que el derrumbamiento de la escombrera fué debido, no á una causa fortuita é insuperable, sino á la falta de firmeza y solidez de que adolecían y aun adolecen, constituyendo un constante peligro para las casas de Pello, es consiguiente que la referida Compañía, á cuyo descuido y abandono en afirmar las escombreras se debe el derrumbamiento de éstas y el daño causado, responda del mismo y venga obligada á evitar su repetición:

Considerando que al estimarlo así la Sala sentenciadora no ha infringido las leyes de Partida y sentencias de este Supremo Tribunal que se citan en el primer motivo del recurso, porque no se ha desconocido, como supone la parte recurrente, la fuerza probatoria de la *conoscencia,* ya que ha admitido los hechos esenciales confesados judicialmente por González Pello, si bien deduciendo de los mismos consecuencias legales distintas de las que pretende deducir sin razón el recurrente:

Considerando que la regla 17, tít. 34, Partida 7.ª, que dispone que nadie debe enriquecerse torticeramente con daño de otro, no es aplicable al caso del presente recurso, puesto que es innegable el derecho que tenía González Pello de construir su casa en el solar de su propiedad, y la existencia anterior de las escombreras próximas á ella no puede ser parte á privarle del que á todo propietario corresponde de que su finca se considere libre de toda servidumbre ó gravamen que no se hallen establecidos legalmente, siendo, por lo tanto, evidente que no cabe enriquecimiento torticero en quien usa de un derecho perfecto é indiscutible:

Considerando que también son inaplicables y, por lo tanto, no han podido ser infringidas las leyes de Partida y sentencias de este Supremo Tribunal que se invocan en los motivos 3.º y 4.º del recurso, relativas á que los daños y perjuicios sólo pueden reclamarse contra quien los haya causado, y que no injuria á otro quien usa de su derecho, porque la circunstancia de haber sido colocadas las escombreras por la antigua Compañía de los ferrocarriles de Galicia, Asturias y León, no es bastante á eximir á la Empresa ferroviaria del Norte, que tres años antes del suceso procesal era dueña en absoluto de las expresadas líneas y de todas sus pertenencias; de las obligaciones que en tal concepto á ella sola y no á la extinguida Compañía concesionaria incumbía, de afirmar las repetidas escombreras para evitar cualquier daño, tanto en las cosas como á las personas; y no habiéndolo hecho así, debe responder, cuando menos, civilmente del causado en la propiedad ajena por su notoria é inexcusable negligencia:

Considerando que por las razones expuestas se demuestra la improcedencia de todos y cada uno de los cuatro motivos que integran este recurso y se impone por ende el mantenimiento de la sentencia reclamada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Compañía de los ferrocarriles del Norte, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depo-

sitada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente, con devolución de los autos. —(Sentencia publicada el 12 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Junio del mismo año.)

145

RECURSO DE CASACIÓN (13 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Exclusión de honorarios.*—Ha lugar al interpuesto por D. Feliciano Ximénez en pleito con D. Francisco Higuera (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

Que no el art. 428 sino el 429 de la ley de Enjuiciamiento civil es el aplicable cuando no se impugnan los honorarios de un Abogado por excesivos, sino por suponer que no le son debidos, en razón á haberse defendido á sí mismo en el pleito en que los devengó:

Que dichos artículos no pueden autorizar la casación en el fondo por su carácter puramente procesal:

Que se infringe el art. 875 de la ley Orgánica al disponer que se excluya de la tasación de costas la partida referente á los honorarios devengados por un Abogado defendiéndose á sí mismo, sin otro motivo que el de no haber justificado hallarse inscrito en la matrícula de subsidio, porque dicho artículo, concordado con el 873, 865 y 863 otorga de un modo expreso á favor de los que tienen título y edad y no están procesados, ó han obtenido rehabilitación de las penas aflictivas que les hayan sido impuestas, la facultad de defender por escrito ó de palabra sus negocios civiles ó sus causas criminales y las de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, ó segundo de afinidad, aunque no estén inscritos en los colegios, teniendo estudio abierto ó en los Juzgados ó Tribunales, lo cual implica que para el caso excepcional á que se refiere, no es necesaria la inscripción en la matrícula del subsidio, ni por tanto que la falta de este requisito haya de privar al Profesor que usa de tan importante facultad de su derecho á percibir los honorarios, remuneración de trabajo de la defensa, que en el caso de no haberlo prestado personalmente tendrían que satisfacerse á otro Abogado.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Mayo de 1891, en el incidente que pende ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, promovido en autos de responsabilidad civil, seguidos en la Sala correspondiente de la Audiencia de Zaragoza, primero por D. Francisco Higuera y luego por su viuda Doña Petra Casterán contra D. Mariano Cabezas y Maestro y D. Feliciano Ximénez de Zenarbe y Biec, como Jueces que respectivamente fueron de primera instancia del distrito del Pilar de aquella ciudad el D. Mariano, y municipal del de San Pablo de la misma el Don Feliciano, recurrente y único que ha comparecido en este Tribunal Supremo, representado por el Procurador D. Luis Lumbreras y defendido por el Licenciado D. Eduardo Dato, sobre exclusión de los honorarios de dicho recurrente de la tasación de costas practicada en los indicados autos:

Resultando que seguidos autos á virtud de demanda de responsabilidad civil, primero por D. Jacinto Higuera, y luego por su viuda Doña Petra Casterán contra D. Mariano Cabezas y Maestro y D. Feliciano Ximénez de Zenarbe y Biec, como Jueces que respectivamente fueron; de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza, el D. Mariano; y Municipal del de San Pablo de la misma ciudad, el D. Feliciano, pronunció sentencia de 11 de Abril del año último la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, absolviendo á dichos Jueces demandados, con las costas á la parte demandante:

Resultando que practicada la oportuna tasación se incluyó en ella como honorarios fijados en su minuta por el D. Feliciano Ximénez de Zenarbe, que se había defendido por sí en los indicados autos, la cantidad de 1.010 pesetas que la parte demandante pidió fuese excluída de aquélla, como así lo estimó la enunciada Sala, por el que dictó en 25 de Junio próximo pasado, aprobando en lo demás la indicada tasación, y habiendo interpuesto con tal motivo el referido D. Feliciano súplica en providencia de 3 de Julio siguiente, la misma Sala acordó se le devolviese el escrito de su razón, estándose á lo resuelto:

Resultando que D. Feliciano Ximénez de Zenarbe ha interpuesto recurso de casación fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 1695 de la misma, alegando como motivos de él:

1.º Quebrantar el auto de 25 de Junio negando al recurrente el derecho de cobrar los honorarios en que estimó su trabajo como Letrado, que la parte condenada en costas debe satisfacer, la ley 14, tít. 6.º, Partida 3.ª, que terminantemente establece que: «Reconocer debe la parte el trabajo que lleva el Abogado en su pleito, quando anda y lealmente *gatardonándole, y pagándole su salario,* así como puso con él»; de cuya declaración terminante y explícita claramente se desprende la consecuencia, sin distinciones que la ley no autoriza, de tener derecho indiscutible el que desempeña trabajos profesionales, como Abogado, á cobrarlos de la persona que interesada en el asunto tenga la obligación de pagarlos; siendo tan general por fortuna el precepto, que no deja lugar á duda de que, si comprende el caso de abono de honorarios por la parte que encargó el servicio, también abraza el de que, á consecuencia de imposición de costas, tenga obligación de pagarles el litigante contrario, de quien también *es el pleito en que lleva su trabajo el Abogado;* y la regla general, el principio absoluto, sin excepción, es tener derecho el Abogado á la retribución de sus trabajos profesionales, haciéndola efectiva desde el momento en que haya una persona ó entidad distinta de la propia interesada en que se cobren ú obligada á pagarlos; por lo cual nadie pondrá en duda que el marido, el hijo ó el pariente próximo, Letrados que defendiesen pleitos en que se hallaren interesados la sociedad legal ó la familia, tendrán derecho á cobrar sus honorarios, cuyas ganancias formarán ó no parte de los gananciales, ó constituirán un aumento de sus respectivos peculios; doctrina que en el caso presente tiene más expedita aplicación en cuanto se halla obligado á pagar las costas al litigante contrario:

2.º Infringir también dicho auto los artículos 421, 422, 423 y principalmente el 424 de la ley de Enjuiciamiento civil por el carácter sustantivo que entrañan, porque debiéndose comprender en la tasación de costas *todas las devengadas hasta la fecha en que aquélla se verifique*, entre las cuales se comprenden *expresamente* los honorarios de los Letrados, devengados en el pleito, que no sean relativos á diligencias inútiles, superfluas ó no autorizadas por la ley, se han excluído de la tasación de que se trata los del Letrado D. Feliciano Ximénez de Zenarbe, que autorizado por la ley se ha defendido á sí propio; resultando de ello haberse atribuído la Sala sentenciadora facultades que en ninguna parte ha podido ver consignadas, pues los Tribunales pueden impedir que ejerza actos profesionales el Abogado que no tenga capacidad legal para actuar en ellos; y se hallan facultados para determinar que no se comprendan en la tasación sus honorarios no relacionados directamente con el pleito, ó que se refieran á actuaciones inútiles, superfluas ó no autorizadas, así como á moderar los que parecieran excesivos, pero no hay ley ni doctrina alguna legal, que les autorice para privar en absoluto á un Letrado, que con indiscutible derecho ha ejercido su profesión en un litigio de la retribución de su trabajo, con-

virtiéndolo en servicio gratuito; y como el recurrente al defenderse á sí mismo en la demanda de responsabilidad civil que contra él interpuso D. Tomás Higuera y continuaron sus herederos, ha hecho uso de la facultad que, á pesar de no ejercer la profesión, le concede el art. 875 de la ley Provisional sobre organización del Poder judicial, *permitiéndole ejercerla en defensa propia,* sin limitaciones ni distingos, que no es posible admitir cuando la ley no los establece, resulta además infringido dicho artículo, en cuanto habiendo ejercitado aquel acto profesional, causa de sus honorarios, con un derecho indiscutible y no discutido, se le niegan sus efectos, ó sea el de cobrar los devengados:

3.º Infringir igualmente la Sala sentenciadora en el repetidamente aludido auto de 25 de Junio, el mismo art. 875 de la ley provisional orgánica del Poder judicial, en relación con los 869 y 873, cuyas disposiciones se aplican con error de derecho, ó sea desconociendo del modo más palmario la doctrina que desenvelven y en que se apoyan dichos preceptos; por suponer aquélla que el art. 875 autoriza á los Letrados directamente interesados en los juicios á defenderse á sí mismos, ó á sus parientes, dentro de los grados que determina, *sin sujeción á requisito alguno de los establecidos en la expresada ley para el ejercicio de la profesión*; sin ser esto exacto por dispensarles sólo de hallarse inscritos en el Colegio de Abogados, si lo hubiere, y de pagar la contribución industrial, de tal modo que no podrían defenderse á sí propios, ni á sus parientes, los Letrados que se hallan procesados criminalmente y los condenados á penas aflictivas, á no haber obtenido su realización, según dispone el art. 873 de dicha ley, lo cual demuestra que, lejos de ser exacto que se prescinda de exigir requisitos al Letrado que se defiende á sí propio, se puede asegurar que se requieren los mismos que á los demás, excepto los de hallarse inscritos en el Colegio y pagar contribución, de cuya última circunstancia fué solamente necesario dispensar á D. Feliciano Ximénez de Zenarbe, ya que hace muchos años que se halla inscrito en el Colegio de Abogados de Zaragoza, en cuya Junta de gobierno ha desempeñado diferentes veces honrosos cargos; y como no hay disposición alguna que convierta en gratuitos los servicios que por su naturaleza deben ser retribuídos, por la circunstancia de no pagar contribución quien los presta, si se halla autorizado para prestarlos, sin embargo de no pagarla, punto además extraño á la jurisdicción y atribuciones de los Tribunales de justicia á quienes no corresponde la fiscalización de los tributos, negando por esta causa derechos que las leyes que tienen encargo de aplicar no deniegan expresamente, resultan infringidos dichos artículos, mediante darles una inteligencia extensiva, arbitraria, que su texto no autoriza y se halla además en abierta oposición con las disposiciones citadas en los anteriores motivos; confirmando esta doctrina la sentencia de este Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1866, que da al Letrado que por estar nombrado por el testador ó interesado en la herencia, se halla autorizado por la ley para practicar las particiones- el derecho de cobrar los honorarios correspondientes á aquel trabajo, á pesar de no pagar contribución; lo cual ratifica el art. 908 del Código civil; pues aun siendo gratuito el cargo de testamentario, permite que se cobre el trabajo profesional, que es esencialmente retribuído y que la ley autoriza que se preste aun sin pagar contribución, cuyas disposiciones, que también resultan infringidas, tienen más indiscutible aplicación en el caso motivo del presente recurso, en el que, condenado D. Tomás Higuera, hoy sus herederos, al pago de las costas, entre las cuales se comprenden los honorarios de los Letrados que intervinieron legalmente en el pleito, quedaría sin cumplir en esta parte la ejecutoria por una razón ilegal, ajena á las prescripciones de la ley civil, y que la misma administración, no obstante la amplitud en sus funciones hasta cierto punto dis-

crecionales, no se atrevería á resolver en este sentido, que más bien entraña un verdadero despojo, para el cual sería necesario borrar el art. 875 de la ley provisional orgánica del Poder judicial, en relación con el número 4.º del 869 de la misma:

Y 4.º Al negar á D. Feliciano Ximénez de Zenarbe el derecho á reclamar contra el auto de 25 de Junio de 1890, por el cual le fueron rechazados los honorarios, suponiendo aplicables á este caso las leyes procesales establecidas para cuando se impugnan como excesivos, la Sala sentenciadora, no sólo infringe el art. 879 de la ley orgánica del Poder judicial y el 428 de la de Enjuiciamiento civil, que se refiere á la resolución final de un procedimiento que en el caso actual no ha podido existir, mediante no haber sido impugnados los honorarios en el concepto de exajerados, sino también el 429 de dicha ley Procesal, por no haberlo aplicado, sin embargo de ser el único que debió tener en cuenta para resolver la cuestión suscitada por los sucesores de D. Tomás Higuera, al oponerse á que figuraran en la tasación de costas los honorarios correspondientes á los trabajos profesionales ejecutados por D. Feliciano Ximénez de Zenarbe en la defensa de su pleito; infracciones que resultan, no del carácter adjetivo y procesal de dichos preceptos, sino, por el contrario, de su naturaleza verdaderamente sustantiva, ó sea del error evidente en que la citada Sala ha incurrido, confundiendo la cuestión que se planteó por la parte contraria, toda vez ha creído que una facultad racionalmente discrecional para decidir, si bien con las debidas ilustraciones previas, un punto de apreciación prudencial, contra cuya resolución es lógica no se dé ningún recurso, puede equipararse á la resolución que de plano dictó; negando en absoluto al recurrente el cobro de sus honorarios, declaración, no ya de apreciación, sino de denegación de un derecho que, aun cuando se hallara fundada en doctrinas admisibles, debería ser discutida en la forma y con todos los recursos establecidos para los incidentes que surgen en las Audiencias, en los cuales cabe el de súplica y el de casación, según dispone expresamente el citado art. 429 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que si bien el auto recurrido aplica con visible equivocación el art. 428 de la ley de Enjuiciamiento civil, en lugar del 429, toda vez que no han sido impugnados por excesivos los honorarios señalados en su minuta por el Abogado D. Feliciano Ximénez, sino por suponer que no le eran debidos en razón á haberse defendido á sí mismo en el pleito en que los devengó, es lo cierto que dichos artículos invocados en el motivo último no pueden autorizar una casación en el fondo por su carácter puramente procesal;

Y considerando que el referido auto infringe el art. 875 de la ley orgánica, señalado en el motivo 3.º, al disponer que se excluya de la tasación de costas la partida referente á los honorarios del Abogado Ximénez, sin otro motivo que el de no haber justificado hallarse inscrito en la matrícula de subsidio, porque dicho artículo, concordado con el 873, 865 y 863, otorga de un modo expreso á favor de los que tienen título y edad y no están procesados, ó han obtenido rehabilitación de las penas aflictivas que les hayan sido impuestas; la facultad de defender por escrito ó de palabra sus negocios civiles ó sus causas criminales y las de sus parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad, ó segundo de afinidad, aunque no estén inscritos en los colegios, teniendo estudio abierto, ó en los Juzgados ó Tribunales, lo cual implica que para el caso excepcional á que se refiere no es necesaria la inscripción en la matrícula del subsidio, ni, por tanto, que la falta de este requisito haya de privar al Profesor que usa de tan importante facultad de su derecho á percibir los honorarios, remuneración

de trabajo de lo defensa que, en el caso de no haberlo prestado personalmente, tendrían que satisfacerse á otro Abogado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Feliciano Ximénez de Zenarbe; y en su consecuencia casamos y anulamos el auto dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza en 25 de Junio del año próximo pasado, en cuanto por el mismo se mandó excluir de la tasación de costas practicada en los de su razón la partida referente á los honorarios del expresado Don Feliciano Ximénez de Zenarbe.—(Sentencia publicada el 13 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Julio del mismo año.)

146

COMPETENCIA (13 de Mayo de 1891).—Sala tercera.—*Indemnización de perjuicios.*—Se decide en favor del Juez de primera instancia de Alicante la sostenida con el de igual clase del distrito del Pilar de Zaragoza, acerca del conocimisnto de la demanda interpuesta ante el primero por D. José García contra D. Basilio Paraíso, y se resuelve:

Que según el núm. 1.º del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales es Juez competente, en primer término, el del lugar en que deba cumplirse la obligación:

Que es Juez competente para conocer de una demanda sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, el del lugar donde éste hubiera debido cumplirse, tanto más si en éste se causaron los perjuicios que motivan la demanda.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Mayo de 1891, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza, al de igual clase de Alicante, en el conocimiento de una demanda entablada ante el último en juicio declarativo de menor cuantía por D. José García Torregrosa, industrial, vecino de dicha ciudad de Alicante, contra D. Basilio Paraíso y Ganis, propietario y del comercio de la también mencionada de Zaragoza, sobre pago de pesetas, habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el D. José García Torregrosa, representado por el Procurador D. Celestino Armiñán y defendida por el Letrado D. Rafael María de Labra:

Resultando que, según aparece de correspondencia obrante en autos, el 23 de Junio de 1890 D. José García escribió desde Alicante á D. Basilio Paraíso, de Zaragoza, manifestándole que vistos los perjuicios que había tenido el año pasado por quedarse sin cristales á lo mejor de la temporada, y no queriendo le sucediera lo mismo en aquél, esperaba le contestase si para últimos de Agosto próximo podría tener las medidas de que hizo mérito, pagando la mitad á los cuatro meses de la fecha de la factura y el resto á los dos siguientes, franco de fletes y de todo derecho de Aduanas; á cuya carta contestó Paraíso desde Zaragoza en 26 de los propios mes y año, podría el primero tener la mercancía en su poder en la fecha deseada, y que no concedía sino noventa días; pero tratándose de un pedido excepcional y de la casa del D. José García Torregrosa, aceptaba también los cuatro meses y los dos sucesivos para el resto; carta que confirmó por otra de 3 de Julio siguiente, haciendo en ambas varias manifestaciones sobre el precio de la mercancía; y con posterioridad dirigió otras dicho Paraíso á García Torregrosa diciéndole, entre algunos particulares que no son de mencionar: en 14 de Agosto haber omitido en una anterior, de remesa, manifestarle que las dos cajas venían embarcadas y las recibiría por

conducto de D. Juan Martínez Romero, de Alicante, circunstancia por la que no acompañaba talón; en 1.º de Septiembre, estar esperando de un momento á otro conocimiento de cien cajas cuando menos, para que con ellas fuese García Torregrosa sirviendo sus encargos hasta la llegada del resto del que tenía hecho, que le mandaría tan pronto llegase; el 22 del propio mes acompañar conocimiento de 124 cajas, y al día siguiente ó el inmediato lo hacía de 140 y tantas; el 3 de Octubre, haber tenido carta de Gijón, de persona de confianza, manifestándole entablarse procedimiento contra la casa García Torregrosa, quien no podía desear que si alguien, con derecho ó sin él, procediera contra el mismo, fuese embargado el género de Paraíso, ni éste podía vender con escasísima utilidad y exposición á un contratiempo; y así las cosas, no cabía más que si había de recibir el género hubiese quien le garantizara el buen pago en los plazos convenidos, en cuyo sentido escribía á Martínez; y finalmente, en 8 del mencionado mes de Octubre de dicho año 1890, no tener inconveniente en hacerle al repetido García Torregrosa entrega de todas las cajas, siempre y cuando que éste la hiciera á Paraíso de letras aceptadas, con el endoso de López, á cambio de que en los plazos del pago se pusieran 1.000 pesetas mensuales, siendo el primer conocimiento el 30 de Noviembre:

Resultando que con presentación de las cartas de D. Basilio Paraíso que quedan anunciadas, de otras de pedidos á García Torregrosa y de una tarifa de precios de vidrios para expenderlos él mismo, formuló éste ante el Juzgado de primera instancia de Alicante en 5 de Enero del corriente año, demanda de juicio declarativo de menor cuantía, solicitando se condenase á Paraíso, vecino de Zaragoza, domiciliado en las calles de Ponzano, 8, y Coso, 6, á pagar al demandante 2.942 pesetas 50 céntimos, como importe de los perjuicios ciertos y positivos que le había causado no cumpliendo el contrato que celebró con aquél; en apoyo de cuya petición hizo mérito de los antecedentes del caso y las demás alegaciones que estimó oportunas; entre ellas, no obligar la aceptación por carta al que hizo la oferta sino desde que llegó á su conocimiento, presumiéndose celebrado el contrato, en tal caso, en el lugar en que se hizo la oferta, con arreglo al art. 1262 del Código civil: y ser Alicante el lugar donde había de cumplirse la obligación de que se trataba, pues en dicha población debía entregarse el género, y en ella se hizo la oferta, por lo cual aquel Juzgado era el competente para entender de la demanda, según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento, y mencionó también lo dispuesto en los 1101, 1254, 1258, 1445, 1450 y 1606 del citado Código:

Resultando que admitida la demanda, se entregó su copia y las de los documentos á la misma adjuntos á D. Basilio Paraíso para contestarla, produciendo este escrito, al que acompañó las indicadas copias, la carta dirigida por el mismo Paraíso á D. José García Torregrosa en 26 de Junio del 90, ya referida; una tarifa impresa fechada en Zaragoza, en que se lee una nota relativa á viajar el género de cuenta y riesgo del comprador, el que, caso de avería, debía formular reclamación antes de retirarla; dos copias de facturas de géneros pagados vendidos por aquél á éste en 27 de Agosto de 1889 y 31 de Julio de 1890, según las cuales, en su parte litografiada, los efectos de su razón se remitían de cuenta y riesgo del repetido Torregrosa, siendo pagaderos en el domicilio del vendedor Paraíso; y otra carta de aquél á éste de 11 de Mayo del últimamente citado año, haciéndole cierto pedido y diciéndole podría girar en seguida por el saldo de cuenta:

Resultando que en dicho escrito pidió el D. Basilio Paraíso que, declarándose competente para conocer del asunto el Juzgado de primera instancia de aquella ciudad de Zaragoza, á que por turno correspondiera, requiriesen de inhibición al de Alicante, petición que apoyó: en

lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil; en ejercitarse en la demanda una acción personal; tener en Zaragoza su domicilio el demandado; ser la misma el lugar del contrato; vender Paraíso con pago á domicilio como se veía en las facturas con anterioridad satisfechas por García Torregrosa, cuyas copias acompañaba; no deducirse la acción de cumplimiento de contrato, sino la indemnización de perjuicios; y no poderse oponer á todo ello el que los géneros habían de remitirse á Alicante, lo que no había llegado siquiera á verificarse en el presente caso, pues siempre lo hubieran sido de cuenta y riesgo del comprador demandante, según práctica mercantil, y bajo tal supuesto se entendía la entrega de ellos en Zaragoza, como lugar del contrato, en que tenía su domicilio Paraíso; é invocó la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencias de 7 de Junio de 1881 y 24 de Diciembre de 1888, de que en el contrato de compraventa de géneros, el lugar del cumplimiento es el del mismo contrato, ó sea el del establecimiento de comercio, pues se entienden actos simultáneos la entrega de la cosa y su precio, á menos de estipularse el pago en otra forma; y de que es competente el Juez del lugar en que se entregó la mercancía, decidiéndose la competencia en la última de las indicadas sentencias, relativa á unos autos en que era parte Paraíso, á favor del vendedor que remitió los géneros, no sólo por aparecer de las facturas la condición de pago á domicilio, sino porque, aun prescindiendo de ello, remitidos aquéllos de cuenta y riesgo del comprador, debió quien los recibió satisfacer su importe en el domicilio de dicho vendedor remitente:

Resultando que por idénticos motivos estimó procedente el Fiscal municipal y acordó el Juez de primera instancia del distrito del Pilar, en auto de 12 de Febrero próximo pasado, el requerimiento de inhibición al de Alicante, añadiendo el primero, á más de las citas de las sentencias de este Supremo Tribunal de 13 de igual mes de Febrero y 2 y 9 de Abril de 1888, que la hecha por el demandante del art. 1262 del Código civil, que determina presumirse celebrado el contrato en el lugar de la oferta, cuando ésta se acepta por carta, sólo podía servir de base para sostener la competencia de aquel Juzgado, toda vez que en términos mercantiles y de economía política, se entiende partir siempre dicha oferta del vendedor, así como la demanda del que compra; y el segundo, ó sea el Juez, que para contrariar la doctrina de la competencia del del domicilio de Paraíso sería preciso: primero, que apareciese de los documentos presentados con la demanda haber renunciado el vendedor al suyo, sometiéndose en cuanto al cumplimiento del contrato al del comprador; y segundo, que dicha demanda, para considerarse incidental del contrato se hubiese formulado con arreglo á lo dispuesto en el art. 239 del Código de Comercio; y García Torregrosa, haciendo caso omiso de lo preceptuado en este artículo, pedía, no el cumplimiento ni rescisión del contrato de compraventa mercantil, sino meramente la indemnización de daños y perjuicios; por cuya razón, ejercitándose una acción personal, era indiscutible debía remitirse á aquel Juzgado la repetidamente enunciada demanda:

Resultando que librado el oficio de requerimiento de inhibición al Juzgado de Alicante, D. José García Torregrosa se opuso á ello, exponiendo en resumen: que nunca se le había enviado por Paraíso facturas como las de que había presentado copia, y por el contrario, las condiciones para el pago y forma del contrato habían sido las que aparecían en las cartas acompañadas á la demanda, sin reservarse nunca dicho Paraíso cuando había tratado con el demandante derechos para cobrar en su domicilio ni entregar en él los géneros, pues venían directamente á poder de García Torregrosa desde la fábrica, adonde, con tal destino, los pedía aquél, comprobando también todo ello la carta del mismo García Torregrosa presen-

tada por el demandado, y á la cual contestó Paraíso con la de 26 de Junio, que así como las de 1.º y 22 de Septiembre demostraban ser Alicante donde se recibía el género, sin hacerse la entrega en Zaragoza ni por cuenta y riesgo del comprador, sino por la del vendedor, puesto franco y libre en dicha ciudad de Alicante, en la que el propio vendedor dió orden de que no se entregasen los géneros al repetido García Torregrosa, á quien envió el conocimiento para retirarlos si no presentaba bastante garantía, y en su virtud, era favorable á la competencia del Juzgado de Alicante la doctrina sentada en la sentencia de 24 de Enero de 1888, citada en contrario, y en las igualmente de este Tribunal Supremo de 27 de Julio y 10 de Agosto de 1881, 3 de Mayo de 1882, 9 de Julio de 1884, 23 de Abril de 1885, 24 de Enero y 21 de Mayo de 1888 y 17 de Enero de 1889; y que también era favorable á la enunciada competencia del Juzgado de Alicante el art. 1262 del Código civil, sin embargo de entender lo contrario el Fiscal municipal del distrito del Pilar de Zaragoza; toda vez que no había partido en este caso la oferta de Paraíso y sí de García Torregrosa en la carta de 23 de Junio de 1890, quedando perfeccionado el contrato con la aceptación por la otra parte de las condiciones de la misma:

Resultando que el representante del Ministerio fiscal opinó asimismo en contra de la precitada inhibición, que denegó el Juez de primera instancia de la reiteradamente mencionada ciudad de Alicante por auto de 28 de Febrero último, en atención á lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, á que al aceptar Paraíso en su carta de 26 de Junio la proposición de García Torregrosa en la suya del 23, era indudable que la mercancía había de ser entregada al demandante en aquella plaza, y no de cuenta del mismo, sino de la de Paraíso, que se le había de remitir franca de fletes, como en efecto remitiría las dos cajas á que se refería la carta del demandado de 14 de Agosto y las 124 y ciento cuarenta y tantas de que hablaba en la del 22 de Septiembre siguiente; á que, según jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuando no se ha determinado expresamente por las partes el lugar del cumplimiento del contrato de compraventa de géneros de comercio, se entiende serlo aquél en que se entrega ó debe entregarse la mercancía, el cual era en el presente caso la plaza de Alicante, y á que, á tenor de lo declarado por este Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Abril de 1888, es Juez competente para conocer de la demanda sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de venta de géneros el del lugar donde ésta había de realizarse, según la correspondencia mediada entre comprador y vendedor, por ser dicho lugar el designado para el cumplimiento de la obligación:

Resultando que á su vez el Juez municipal, en funciones del de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza, dictó auto fecha 13 de Marzo del corriente año sosteniendo su competencia, en el cual consignó como fundamento para ello: que el hecho alegado por Paraíso de ser las ventas al demandante, como todas las demás que hacía, de cuenta y riesgo del comprador y con la expresa condición de verificarse el cumplimiento del contrato en el domicilio de aquél, merecía tenerse por exacto desde el momento en que se justificaba documentalmente, no contradiciéndolo García Torregrosa en forma, según fácilmente hubiera podido hacerlo con la simple presentación de las facturas originales que, como comerciante, debía conservar, y si alguna duda pudiera caber sobre el particular, bastaría á desvanecerla la recepción del conocimiento, confesada por Torregrosa en su escrito, por comprobar que, consignada la mercancía á su nombre, se transportaba á su riesgo y peligro, y á su interés corría la descarga; pues en otro caso, ó sea en el de pesar tal obligación sobre el vendedor directamente, ó mediante persona autorizada, debiera haber hecho la entrega en buen estado en el domicilio de aquél; que ante este hecho, y siendo

condición general en el comercio viajar el género de cuenta y riesgo del comprador, la competencia sostenida por el Juzgado, lejos de contrariar la doctrina sustentada por este Tribunal Supremo, estaba en armonía con ella, porque para aceptar la afirmación de demandante en cuanto á que la mercancía viajaba de cuenta y riesgo del vendedor, á quien entonces incumbía la entrega de ella en el domicilio del comprador, era preciso se hubiese así consignado en las cartas presentadas, ó en otro documento; y que si las cartas hablaban en términos generales del arribo del género á Alicante, bien fijando la época en que había de llegar, bien señalando los plazos para el pago, ni en la de encargo se pide ni en la de contestación se concede pacto alguno que altere la forma esencial del arrastre y transporte de la mercancía; por cuya razón y la expresada en el fundamento del auto de 12 de Febrero, relativo á haber hecho el demandante caso omiso de lo dispuesto en el art. 329 del Código de Comercio, se debía insistir en la competencia suscitada:

Resultando que, en su virtud, cada uno de los predichos Juzgados ha elevado á este Tribnnal Supremo sus respectivas actuaciones para la resolución correspondiente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que, según el núm. 1.° del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales es Juez competente en primer término el del lugar que deba cumplirse la obligación:

Considerando que, obligado en el caso presente el vendedor por condiciones especiales del contrato á que el comprador tuviese en Alicante en tiempo determinado las cajas de cristales pedidas por el mismo, siendo de cuenta de aquél el pago de fletes y además de Aduanas, es indudable que Alicante era el lugar del cumplimiento del contrato, y que la reclamación de daños y perjuicios de que se trata por no haber recibido el comprador los cristales en la fecha convenida, al Juzgado de dicha ciudad compete resolverla, tanto más, cuanto que en la misma se causaron los perjuicios que motivan la demanda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia de Alicante, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho; poniéndose esta resolución en conocimiento del de igual clase de Zaragoza, y siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas.—(Sentencia publicada el 13 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

147

RECURSO DE CASACIÓN (14 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Reclamación de un legado.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Enriqueta Boniol en pleito con D. Teodoro Sánchez (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que si el testador dejó en favor de un hijo suyo una pensión vitalicia abonable sin deducción alguna por razón de impuesto, contribución ni por otro concepto alguno, expresando con ello de un modo claro y terminante que debía ser primeramente atendido su citado hijo, cuyo estado de salud lo exigía y también el derecho á legítima que le asistía, la sentencia que condena al heredero que lo es á beneficio de inventario á satisfacer un legado previa liquidación *de la herencia con sus cargas, entre ellas la del mencionado vitalicio, se ajusta á la voluntad del testador y no infringe el principio de que el heredero viene obligado á cumplir lo mandado por aquél:*

Que esto supuesto, el legatario no puede contravenir la voluntad del testador y debe someterse á ella, percibiendo aquello que deje libre la liquidación de la herencia aceptada á beneficio de inventario, toda vez que si éste se practicó dentro del término legal, y no ha sido impugnado como nulo, limita la obligación del heredero y es la base de la liquidación fijada por la Sala como resultado de las pruebas, no citándose en contra de tal criterio ley infringida:

Que no son de estimar los motivos del recurso que se refieran á puntos no discutidos oportunamente.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma ciudad, por Doña Enriqueta Boniol y Font, viuda, de aquella vecindad, representada por el Procurador D. Francisco Quintín Fernández, y defendida por el Letrado D. Mariano Muñoz Rivero, con D. Teodoro Sánchez é Illa, sastre, vecino también de Barcelona, y en su nombre el Procurador D. Luis de Figuerola, bajo la direción del Licenciado D. Magín Saudimuluge, sobre reclamación de un legado:

Resultando que D. Francisco Sánchez Balcells otorgó testamento en la ciudad de Barcelona en 2 de Julio de 1884, en el que legó 500 pesetas á su prima Doña María Tenadas; y á Doña Enriqueta Boniol, viuda de Serra, 20 billetes hipotecarios de la isla de Cuba, y 20 acciones del Banco de Préstamos y Descuentos de aquella capital, declaró haber satisfecho á cada uno de sus hijos Juan y Manuel todo cuanto podía corresponderles en pago de todos sus derechos legitimarios y de todos sus restantes bienes muebles y raíces, valores, créditos y demás derechos y acciones habidos y por haber, instituyó y nombró por su único heredero á su hijo D. Teodoro Sánchez é Illa, á sus libres voluntades, pero con la precisa condición de que hubiera de mantener y asistir en su casa y compañía á su otro hijo D. Francisco Sánchez é Illa durante su vida, con todo lo necesario, así en estado de salud como en enfermedad; y si no pudiese ó no quisiese dicho su hijo Francisco vivir en compañía de su heredero, debería éste entregar á cualquiera de los otros hermanos suyos ó á aquella otra persona que á falta de éstos se encargase del mismo, la pensión vitalicia de 100 pesetas mensuales, sin deducción alguna por razón de impuesto, contribución, ni por otro concepto alguno:

Resultando que en 12 de Septiembre de 1885, D. Francisco Sánchez y Balcells otorgó un codicilo, en el que legó especialmente á su hijo Don Francisco Sánchez é Illa 20 billetes hipotecarios de la isla de Cuba:

Resultando que D. Francisco Sánchez Balcells falleció en Barcelona el día 5 de Marzo de 1887, y que su hijo D. Teodoro Sánchez aceptó la herencia á beneficio de inventario, al cual se dió principio en 2 de Abril de dicho año, terminándose en 9 de Mayo siguiente, en el cual se comprenden diferentes muebles por valor de 250 pesetas; unas alhajas valuadas en 270; la mitad indivisa de la casa que poseía en común con su hijo D. Teodoro, sita en la calle de Monserrate, núm. 17, valuada en 45.900 pesetas, siendo su mitad 22.950; dos acciones y media de la Compañía de los ferrocarriles del Norte, de valor de 924 pesetas 46 céntimos; cinco billetes hipotecarios del Tesoro de la isla de Cuba, su valor 2.410 pesetas; y 21.484 pesetas por resultado de la liquidación y balances practicados del negocio de sastrería que en Sociedad explotaban D. Francisco Sánchez y su hijo D. Teodoro. Como deudas se incluyeron la de 220 pesetas, salario de una sirvienta; 1.582 pesetas 58 céntimos, cantidad percibida de la Caja de Ahorros, de pertenencia de su esposa; por la operación de Bolsa que D. Francisco Sánchez verificó en compañía de D. Pablo Pujol y D. Teodoro Sánchez é Illa,

según liquidación practicada en el día de la muerte del primero de 150 acciones del ferrocarril del Norte, por los corredores Voltor y Mínguez, Banco de Préstamos y Descuentos, y Julio Grassot, según se acreditaba en las pólizas libradas por los mismos 24.573 pesetas 94 céntimos, y por gastos funerarios 1.780 pesetas y 50 céntimos:

Resultando que en 4 de Agosto de 1888, Doña Enriqueta Boniol, viuda de D. José Serra, dedujo la demanda objeto de estos autos, y haciendo mérito de las disposiciones testamentarias de D. Francisco Sánchez y Balcells, y alegando que habían transcurrido ya más de dieciséis meses sin que el heredero de éste D. Teodoro Sánchez é Illa hubiera satisfecho el legado que hizo á la demandante el testador, y que tenía perfecto derecho á reclamárselo desde el día en que el heredero adió la herencia, ejercitando la acción personal ese testamento y todas las demás reales y personales correspondientes, pidió se condenase á D. Teodoro Sánchez é Illa á entregar á la demandante el legado de 20 billetes hipotecarios de la isla de Cuba y 20 acciones del Banco de Préstamos y Descuentos; con más los intereses legales de la misma desde el día del fallecimiento de D. Francisco Sánchez, con las costas:

Resultando que D. Teodoro Sánchez é Illa impugnó la demanda, alegando: que su hermano D. Francisco tenía cuarenta y un años y venía padeciendo hacía muchísimos una depresión en sus facultades mentales que le constituía en un estado próximo á la imbecilidad, sin que pudiera, por tanto, dedicarse á trabajo alguno, por lo cual el objeto del testador fué asegurar de una manera completa la subsistencia de su citado hijo, que no podía proveer á ella; que en su calidad de heredero había tomado inventario de la herencia en los plazos que las leyes exigían para que surtieran todos los efectos legales; que el activo del inventario ascendía á 48.298 pesetas 47 céntimos, y el pasivo á la de 28.057 pesetas 2 céntimos, quedando un haber líquido de 20.141 pesetas 45 céntimos, que el demandado, con el sólo objeto de regularizar dentro de los plazos legales su situación para con la Hacienda en cuanto al pago de derechos reales y transmisión de bienes, pero sin entender con ello prejuzgar cosa alguna por lo respectivo á la definitiva efectividad de los legados, ni á la cuantía de los mismos, caso de su subsistencia, satisfizo el importe de los dichos derechos reales y transmisión de bienes en la forma y cuantía que le fué liquidada; que eran ineficaces los legados en cuanto excedían de lo que el heredero percibía del testador á título de institución ó mera liberalidad; que el actor había incurrido en plus petición por haber reclamado íntegro el legado sin deducción de la cuarta falcidia, y oponiendo la excepción de falta de acción y derecho y demás que le compitiera, pidió que se le absolviera de la demanda con imposición de costas á la parte actora:

Resultando que replicando la demandante, redaguyó de vicioso y diminuto el inventario, en la seguridad de que resultarían del mismo bienes suficientes para pagar íntegros todos los legados; que el ordenado por Don Francisco Sánchez Balcells á favor de su hijo Francisco, á pesar de su forma, no podría considerarse como deuda de la herencia, sino como manda sujeta á deducción; no pudiendo considerarse libre de la cuarta falcidia, por no haberlo dispuesto así el testador de una manera expresa en la forma señalada por el derecho; y que en el caso de que por la frase del testador que debía entregarse sin deducción alguna dicho legado, se entendiera que no venía sujeto á la detracción de la cuarta falcidia, perjudicaría la parte de los herederos, pero nunca la de los legatarios:

Resultando que D. Teodoro Sánchez é Illa duplicó, adicionando á su contestación, que ni en la demanda ni en la réplica había pedido Doña Enriqueta Boniol la nulidad del inventario que tomó el demandado después del fallecimiento de su padre, ni había formulado petición alguna refe-

rente al mismo, ni tampoco que en el caso de resultar probada la procedencia de alguna deducción legal en la cuantía del legado que pedía, fuera condenado el demandado á pagarle con tal deducción; y que ni como dato de valor moral había impugnado Doña Enriqueta Boniol concretamente partida alguna del inventario, habiendo incurrido en lamentable error en la única apreciación que se había permitido:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se suministró por una y otra parte, dirigida á averiguar el capital de D. Francisco Sánchez y á acreditar que la operación de Bolsa de que se hablaba en el inventario no se había llevado á cabo con intervención del corredor real, y que en la plaza de Barcelona era costumbre valerse también como intermediarios para las operaciones referidas de socios del Casino Mercantil ó Bolsín Catalán:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia, condenando á D. Teodoro Sánchez é Illa á que en su calidad de heredero de Don Francisco Sánchez y Balcells del total hereditario dejado por el testador, previa liquidación que se practicase en forma, deducida la dieciseisava parte que correspondía al demandado como legítima paterna de las prestaciones que hubiera practicado en cumplimiento de la voluntad del testador y del vitalicio de 1.200 pesetas anuales correspondientes á D. Francisco Sánchez é Illa, capitalizado al 6 por 100, pagase á la parte actora los 20 billetes hipotecarios de la isla de Cuba y las 20 acciones del Banco de Préstamos y Descuentos al precio de cotización corriente á la muerte del testador, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que Doña Enriqueta Boniol pidió aclaración de esta sentencia, y al propio tiempo adición por no expresarse en los resultandos de ella que el inventario se había redargüido de vicioso y diminuto, y no decirse nada acerca del abono de intereses del legado, y que por auto de 4 de Octubre se denegó la aclaración y se estimó la adición en el sentido de que se consignase en los resultandos el hecho referido y en el fallo que la actora tenía derecho al percibo de intereses de su legado desde la fecha en que el heredero de D. Francisco Sánchez hizo actos de tal:

Resultando que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona confirmó en 17 de Junio de 1890 la sentencia apelada, así como el auto aclaratorio que la seguía, con imposición á la apelante Doña Enriqueta Boniol de las costas de la segunda instancia:

Resultando que Doña Enriqueta Boniol ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El constante principio de derecho de que el heredero viene obligado á cumplir lo mandado por el testador en su testamento, siempre que no se oponga á la ley ni á las buenas costumbres; principio sancionado por la repetida jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consignada en las sentencias de 3 de Marzo de 1886, 15 de Septiembre de 1868 y 20 de Septiembre de 1872, pues el legado hecho á Doña Enriqueta Boniol únicamente podía tener una sombra de oposición á la ley, desfigurando bajas al caudal hereditario que no podían considerarse válidas:

2.º El art. 74 del Código de Comercio, que dice: que aquellas operaciones que se verifiquen sin intervención de agente, no tendrán otro valor que el que naciera de su forma y les otorgase la ley común, no siendo posible que tuviera ninguno, y por tanto que figurase como deuda del difunto una operación verificada por la Sociedad Sánchez y Compañía, que no había tenido existencia legal y que no formaba D. Francisco Sánchez Balcells;

Y 3.º El Real decreto de 12 de Marzo de 1875, en el que se niega fuerza civil de obligar á las operaciones verificadas al descubierto, siempre que no estén publicadas en Bolsa é intervenidas por la Junta sindical, princi-

pio confirmado en los artículos 78 y 79 del nuevo Código de Comercio, y que por tanto resultaban infringidos.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que no infringe la sentencia recurrida el principio de derecho invocado en el motivo 1.º, porque la Sala al condenar á D. Teodoro Sánchez, hijo y heredero de D. Francisco, á que pague á Doña Enriqueta Boniol, viuda de Serra, 20 billetes hipotecarios de la isla de Cuba y 20 acciones del Banco de Préstamos y Descuentos de Barcelona, *previa liquidación* de la herencia con las cargas que se mencionan en el fallo, ajusta éste á la voluntad del testador consignada en el testamento otorgado en 2 de Julio de 1884, en el cual legó 500 pesetas á Doña María Terradas y á la Doña Enriqueta lo ya expresado, declaró además haber satisfecho á sus dos hijos Juan y Manuel los derechos legitimarios y nombró heredero al D. Teodoro, con la condición de mantener y asistir en su casa y compañía al otro hijo D. Francisco, y caso de separación entregar á cualquiera de los hermanos, ó por su falta á otra persona, 100 pesetas mensuales como pensión vitalicia, sin deducción alguna por razón de impuesto, contribución, ni por otro concepto alguno, expresando con ello el testador de un modo claro y terminante, que debía ser primeramente atendido el hijo D. Francisco, cuyo estado de salud lo exigía y también al derecho de legítima que le asistía:

Considerando que esto supuesto, Doña Enriqueta Boniol, como tal legataria, no puede contravenir la voluntad de D. Francisco, testador, y debe someterse á ella, percibiendo aquello que deje libre la liquidación de la herencia aceptada á beneficio de inventario, toda vez que éste se practicó dentro del término legal, no ha sido impugnado como nulo, limita la obligación del heredero y es la base de la liquidación fijada por la Sala, como resultado de las pruebas, y en contra de tal criterio no se ha citado ley infringida;

Y considerando que no son de estimar los motivos 2.º y 3.º, ya porque se refieren á operaciones que constituyen puntos no discutidos oportunamente, ya porque, aun aceptándolas sujetas al derecho común, como pretende la parte recurrente, la Sala las estima válidas, como comprendidas en el inventario que merece aprobación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Enriqueta Boniol Font, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 14 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Julio del mismo año.)

148

Recurso de casación (14 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de designación de herederos.*—No ha lugar al interpuesto por D. Pedro Pagés en pleito con D. Pedro Forner (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que no infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, la sentencia que entiende llanamente las palabras del testador:

Que la condición impuesta por el testador á los que nombró ejecutores de su voluntad y curadores de sus hijos, de que juntos ó la mayor parte cumplan su testamento, ha de entenderse para el caso en que todos los nombrados

ejerzan el cargo, si ni de la llana inteligencia de las palabras de aquél en la cláusula en que hizo el nombramiento, ni del sentido general del testamento puede deducirse que fuera la voluntad del testador dejar sin efecto el nombramiento de uno de sus albaceas, si los otros no aceptaban ó habían muerto cuando del cumplimiento de la última voluntad se tratara:

Que no son de estimar los motivos del recurso si para fundarlos se hace supuesto de la cuestión.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Mayo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del partido de Seo de Urgel y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Pedro Pagés y Gabriel, labrador, hoy mozo de comercio, vecino que fué de Alás, y actualmente de Barcelona, con D. Pedro Forner y su mujer Doña María Gabriel y Pagés, propietarios y vecinos de Vilanova de Barrat, sobre nulidad de una designación de herederos, pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, dirigido y representado por el Licenciado D. Emilio Sánchez Segovia y el Procurador D. Antonio Piñol, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Modesto Lloréns y el Procurador D. Federico Grases:

Resultando que Doña María Pagés y Mentruit, mujer de D. Francisco Gabriel, y vecina de Alás, falleció en 22 de Septiembre de 1850, bajo testamento otorgado en 17 de los mismos mes y año, en el cual hizo los legados que tuvo por conveniente, y dijo por dos de sus cláusulas, en una de ellas: «Llamo por curadores de las personas y bienes de mis hijos menores y ejecutores de éste mi testamento, á mi marido Francisco Gabriel, á Esteban Parramón y al Párroco que hoy es y con el tiempo será de la parroquia de Alás, á los cuales juntos, ó la mayor parte de ellos, doy pleno poder y facultad de cumplir este testamento»; y por la otra: «En todos mis restantes bienes, muebles é inmuebles, nombres, voces, derechos, fuerzas y acciones mías universales que tengo y tendré en cualquier parte y por cualquier nombre y causa, dejo y otorgo por mi heredero universal, hago é instituyo al otro hijo, común á mí y á dicho mi marido, llamado Pedro Gabriel, con el pacto que muriendo con hijos que lleguen á la edad de testar pueda disponer libremente de dichos mis bienes; pero muriendo sin ellos, legítimos ó naturales, ó que no lleguen á la edad de hacer testamento, en este caso podrán solamente disponer libremente de 200 libras barcelonesas; y á él sustituyo y por mi heredero universal hago é instituyo al otro hijo ó hija, que dichos mis albaceas y curadores tendrán á bien elegir para el buen gobierno y conservación de mis bienes.»

Resultando que la Doña María Pagés y Mentruit dejó el hijo instituído, Pedro, y otros cuatro más, llamados José, María, Ignacia y Ana María, de los cuales en la actualidad viven solamente la María, demandada en estos autos, y la Ignacia; habiendo muerto el ya dicho heredero instituído, soltero, sin sucesión, é intestado, en 15 de Febrero de 1886; antes sin que conste la fecha, el José, igualmente soltero é intestado; y en 18 de Noviembre de 1882, la Ana María, que de su matrimonio con Esteban Pagés dejó cuatro hijos, nombrados Pedro, demandante en el actual pleito, Juan, María y Margarita, y también fallecieron antes que el precitado heredero instituído, el viudo y albacea de la testadora Francisco Gabriel en 16 de Noviembre de 1850; el otro albacea Esteban Parramón en 27 de Septiembre de 1870; y en 26 de Marzo de 1881 D. Jacinto Juanmartí, Cura párroco que era de Alás, desde antes de otorgar su testamento la Doña María Pagés; sin que nombraran heredero sustituto al instituído por ésta, para el caso, luego ocurrido, de fallecer sin hijos:

Resultando que D. Ramón Sellarés y Puignou, Cura párroco de Alás desde 1882, por escritura de 17 de Mayo de 1886 con tal carácter y mani-

festando usar de las facultades conferidas por la repetida Doña María Pagés en su testamento, como único albacea que existía de los nombrados por ella, eligió y nombró heredera universal de aquélla, en sustitución del expresado Pedro Gabriel, á la hermana de éste, María, imponiéndola ciertas condiciones en favor de la otra hermana Ignacia:

Resultando que en 31 del mismo mes de Mayo de 1886, el hijo de la antes enunciada Ana María, y nieto, de consiguiente, de la referida testadora, D. Pedro Pagés y Gabriel, presentó escrito al Juzgado de primera instancia del partido de Seo de Urgel, haciendo mérito: del testamento de su abuela, cuya voluntad era de presumir fué que la designación de heredero sustituto la realizaran todos los albaceas que nombró, ó al menos la mayoría de ellos; pues así lo expresó al autorizarles para ejecutar y cumplir lo dispuesto en dicho testamento, de haber fallecido los expresados albaceas sin verificar la indicada designación, y si acaso existiese alguno no podía verificarlo; y de la defunción de su tío D. Pedro, heredero instituído, sin descendencia, estándose en el caso de abrir la sucesión legítima ó abintestato de su citada abuela del exponente, pidió se previniera dicho juicio de abintestato de aquélla; para lo cual ofreció información testifical sobre los hechos referidos, que fué admitida y practicada; dictando el Juzgado auto de 10 de Noviembre de 1886, en el que decretó la prevención del abintestato de Doña María Pagés con las diligencias consiguientes:

Resultando que D. Pedro Forner, como marido de la ya nombrada Doña María Gabriel y Pagés, acudió á las predichas diligencias de prevención de abintestato en escrito, manifestando: que fallecidos el heredero instituído D. Pedro Gabriel, así como los albaceas Francisco Gabriel y Esteban Parramón, quedó como único albacea facultado para hacer la designación de heredero entre los hijos é hijas de la testadora Doña María Pagés, el Cura párroco que desde 1882 era de Alás, D. Ramón Sellarés, quien había otorgado, como tal, la escritura de 17 de Mayo de aquel año de 1886, designando á la Doña María Gabriel, por considerarla la única capaz, pues la otra hija Ignacia era fatua; y en su virtud, promovió incidente para que se declarara no haber lugar á la prosecución de aquel juicio; pretensión que impugnó D. Pedro Pagés, y el Juzgado, en 16 de Octubre de 1888, declaró no haber lugar á resolver en aquel incidente sobre la validez de la escritura de designación de heredero, quedando en suspenso el abintestato hasta tanto que se decidiera si existía ó no tal heredero:

Resultando que, en su consecuencia, el D. Pedro Pagés dedujo en 13 de Noviembre de 1888 demanda con la solicitud de que se declarara nulo y de ningún valor ni efecto el heredamiento ó elección de heredero de los bienes de Doña María Pagés, hecho en favor de Doña María Gabriel por D. Ramón Sellarés en concepto de Cura párroco de Alás, en la escritura de 17 de Mayo de 1886; declarándose también, de consiguiente, que la herencia de Doña María Pagés, por el fallecimiento de su hijo D. Pedro Gabriel sin dejar sucesión, había de pasar á sus herederos legítimos ó abintestato; y mandando siguiera su curso el juicio de abintestato por el demandante promovido, con condena de costas á los consortes D. Pedro Forner y Doña María Gabriel; exponiendo al efecto los hechos que van referidos, reproduciendo sus alegaciones del escrito de 31 de Mayo de 1886, en que solicitó la prevención del repetidamente aludido abintestato; y manifestando, además, que cuando presentó dicho escrito ignoraba el nombramiento de heredero realizado por el Cura párroco de Alás, aun cuando se susurraba iba á hacerlo; y ser nulo aquel nombramiento, mediante no tener D. Ramón Sellarés facultades para verificarlo:

Resultando que D. Pedro Forner y Doña María Gabriel se opusieron á la demanda, fundados: en ser D. Ramón Sellarés, por su calidad de Párroco de Alás, legítimo albacea y ejecutor del testamento, por haber fallecido los

otros dos; pues si Doña María Pagés no hubiese querido conceder las facultades de albacea al Párroco, por razón de este cargo y para que en todo tiempo hubiese una persona que hiciera cumplir dicha voluntad, habría designado por su nombre propio á D. Jacinto Juanmartí, que lo era cuando se otorgó el testamento, y no habría dicho «al Párroco que es y por tiempo será»; en que siendo aquél albacea legítimo, cuando por fallecimiento del heredero instituído llegó el caso de elegir los albaceas el sustituto, no habiéndoles designado la testadora á los otros dos albaceas Francisco Gabriel y Esteban Parramón, el mencionado Párroco de Alás, como único, tenía reunidas en su persona todas las facultades conferidas á los tres, pues las palabras de «juntos ó la mayor parte de ellos» que usó la testadora en la cláusula general de nombramiento de curadores de sus hijos menores y de albaceas ó ejecutores, no se hallaban repetidas en la cláusula de institución al conceder á dichos albaceas facultad de elegir entre sus hijos al que debía ser heredero; y esas palabras debían entenderse aplicables al caso de que existieran todos los albaceas, no pudiendo entenderse, que por muerte de los que nombró personalmente, el que lo fué por su cargo para tiempo futuro é indeterminado, no pudiese ejercer el de albacea, y se viera privado de ejecutar la voluntad de la testadora, cuando parecía que ésta habia previsto el caso del litigio al hacer el nombramiento del Párroco que fuere en cualquier tiempo de Alás; en que las palabras de la cláusula hereditaria contenía una sustitución directa de heredero en favor de los hijos de la testadora, quien no defirió la sustitución á la libre voluntad de los albaceas, confiriéndoles sólo la facultad de elegir al que creyeran más apto para el buen gobierno y conservación de los bienes, lo cual no podía ella conocer, por cuanto todos en aquella época eran menores de edad; y en que aquellas palabras bastaban por sí solas para demostrar no quería la testadora llegase el caso de quedar sus bienes sin heredero y tener lugar el abintestato pretendido en la demanda:

Resultando que continuado el pleito en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, dictó en 28 de Junio del año próximo pasado, sentencia revocatoria declarando válida y eficaz la eleción de heredero de los bienes procedentes de María Pagés, hecha á favor de María Gabriel y Pagés por D. Ramón Sellarés y Puignou, Cura párroco de Alás, en concepto de albacea de la propia María Pagés, con escritura autorizada por el Notario de Montblanch D. Isidro Plá, en 17 de Mayo de 1886; no dando lugar, por lo tanto, á declarar que la herencia debía pasar á los herederos abintestato de la repetida María Pagés, ni tampoco á dar curso al expediente promovido por D. Pedro Pagés y Gabriel, sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Pedro Pagés ha interpuesto recurso de casación, como autorizado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por haberse á su entender infringido:

1.º La ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, que preceptúa que «las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan é non se debe el juzgador partir del entendimiento de ella; fueras cuando pareciese ciertamente que la voluntad del testador fuere otra que non como suenan las palabras como están escritas»; puesto que siendo tres los albaceas nombrados por la testadora Doña María Pagés, y habiéndoles dado á los tres juntos ó á la mayor parte de ellos, lleno poder y facultad de cumplir su voluntad en la forma dispuesta, claro es que la voluntad de aquella fué, según se ve por sus palabras entendidas llanamente y tal como las mismas suenan, que para designar el sustituto á su hijo Pedro Gabriel y Pagés, nombrado por ella su heredero universal, para el caso que éste falleciere sin hijos, como falleció, concurrieran todos los tres albaceas nombrados por ella para cumplir su testamento, ó si no la mayor parte de

ellos, que son naturalmente dos y no uno, como ha ocurrido en la designación hecha por D. Ramón Sellarés y Puignou, Cura párroco de Alás, declarada válida en el fallo recurrido:

Y 2.º La doctrina legal repetidamente sentada por este Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, entre otras, las de 26 de Septiembre de 1881 y de 24 de Mayo de 1882, de que «la voluntad del testador es la primera y principal ley en materia de testamentos, y cuando aquélla está expresada clara y terminantemente, debe arreglarse á ella la decisión de las cuestiones que sobre su ejecución y cumplimiento se debatan en juicio, ateniéndose á la inteligencia llana y literal de las palabras del testador, salvo cuando apareciese ciertamente que su intención es otra que la literalmente expresada»; en el sentido de que la voluntad de Doña María Pagés, expresada en su testamento, es de «que fuera válida y eficaz toda sustitución que se hiciera á su hijo Pedro Gabriel y Pagés, nombrado por ella su heredero universal, para el caso que muriera sin hijos, como sucedió», por los tres albaceas nombrados por ella para la ejecución y cumplimiento de su disposición testamentaria, ó por la mayor parte de ellos, es decir, por dos de dichos albaceas; y es por tanto de presumir que la voluntad de la testadora es la de que la propiedad de los bienes dejados por ella, en el caso de que no se hiciera la designación de sustituto, ó de que no se hiciera en la forma clara y terminantemente por ella expresada, pasase por el orden determinado por la ley, á sus más próximos parientes, entre los que figura el recurrente D. Pedro Pagés, como nieto de la Doña María.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia entiende llanamente las palabras de la testadora Doña María Pagés y Mentruit, y por tanto no infringe, y antes bien aplica acertadamente la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, que sirve de fundamento al primer motivo del recurso; porque la condición que aquélla impuso á los que nombró ejecutores de su volumtad y curadores de sus hijos, de que juntos ó la mayor parte cumplieran su testamento, era para el caso en que los tres ejercieran el cargo, pero ni de la llana inteligencia de las palabras de la testadora en la cláusula en que hizo el nombramiento de los testamentarios, ni del sentido general del testamento puede deducirse que fuera la voluntad de Doña María Pagés dejar sin efecto el nombramiento de uno de sus albaceas, si los otros dos no aceptaban ó habían muerto, cuando del cumplimiento de la última voluntad de ésta se tratara:

Considerando que se afirma más la llana y recta inteligencia que el fallo recurrido da á las palabras de la testadora, si se observa que el nombramiento de testamentario á favor del Párroco que á la sazón era ó con el tiempo fuese de la parroquia de Alás, responde evidentemente á la justificada previsión de que hubiera siempre un albacea testamentario que cumpliera el importante encargo de designar entre los hijos de la testadora al que había de suceder en la herencia si moría sin sucesión el heredero testamentario; porque teniendo en cuenta que éste era menor de edad cuando testó su madre, cinco días antes de su muerte, no era lo más probable que le sobrevivieran los albaceas testamentarios, á quienes designó por su nombre Doña María Pagés, si ocurría el caso previsto por ésta de morir aquél sin sucesión, ó con hijos que no hubiesen alcanzado la edad de testar:

Considerando que tampoco es de estimar el segundo motivo del recurso porque al asegurar el recurrente que es clara y terminante la voluntad de la testadora en el sentido que él sostiene, y que por ello debe ser respetada como la primera y principal ley en materia de testamentos, hace supuesto de la cuestión;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Pagés, á quien condenamos en las

costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento remitido. — (Sentencia publicada el 14 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Julio del mismo año.)

149

RECURSO DE CASACIÓN (14 de Mayo de 1891).— Sala primera.— *Tercería de dominio.*—No ha lugar á los interpuestos por Doña Matilde Benavides y Doña Consuelo Sierra en pleito con Doña Isabel Benayas (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que por ser ineludible el contrato escriturado, la sentencia que estima una demanda de tercería de dominio interpuesta por el comprador con pacto de retro, relativamente á los bienes comprados por escritura pública y embargados después á instancia de un acreedor del vendedor, no infringe la ley 1.ª, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la 15, tít. 14, Partida 5.ª, si transcurrió el plazo marcado sin retraer, y entiende la Sala sentenciadora que los pagos hechos por el vendedor al representante del comprador no tienen relación con la venta ni justifican la novación alegada por el ejecutante, sin que contra el juicio de la Sala se cite ley infringida en los términos que exige el núm. 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil:

Que el art. 362 de la ley de Enjuiciamiento civil no prescribe la suspensión del pleito sino cuando exclusivamente *se haya de fundar el fallo en la existencia de un delito; y no aconteciendo esto, queda cumplido el precepto de la ley si la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas, manda que en su día pasen los autos al Ministerio fiscal por si estima conducente investigar la realidad de los hechos expuestos por la parte que invoca aquel artículo.*

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Mayo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del Este de esta corte, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por Doña Isabel Benayas y Benayas con Doña Consuelo Sierra y Cidrón, propietaria, vecinas ambas de esta corte, y con Doña Matilde Benavides y Soto, declarada en rebeldía, sobre tercería de dominio sobre unos muebles, pendiente ante Nos en virtud de recursos de casación por infracción de ley interpuestos por Doña Consuelo Sierra, defendida por el Letrado D. Luis Ortiz de la Torre y representada por el Procurador D. Fernando Flores, y por Doña Matilde Benavides, bajo la dirección del Letrado D. José Viñas, representada por el Procurador D. Julián Merinero; habiéndolo estado la recurrida Doña Isabel Benayas por el Licenciado D. Eduardo Golnez Llombart y el Procurador D. Ramón Conesa:

Resultando que por escritura pública otorgada en esta corte en 25 de Octubre de 1887, Doña Consuelo Sierra y Cidrón vendió diferentes muebles con pacto de retro por término de tres meses y en precio de 4.000 pesetas á Doña Isabel Benayas, representada en esta escritura por su apoderado D. Eduardo Marín:

Resultando que con fecha 25 de Enero de 1888, ó sea el día en que vencía el indicado pacto de retro, suscribió D. Eduardo Alejandro Marín un recibo de 3.000 reales, que le había satisfecho Doña Consuelo Sierra á cuenta de mayor suma que le adeudaba, por intereses correspondientes desde 25 de Octubre de 1887 hasta aquella fecha; en 26 de Abril siguiente expidió otro recibo de 500 pesetas á favor de la misma Doña Consuelo por los intereses de mayor suma que le era en deber, y en 21 de Julio firmó un tercer recibo por la cantidad de 2.266 reales, que por intereses le había entregado Doña Consuelo Sierra, entendiéndose que hasta el 25 de

Agosto de aquel año quedaban pagados intereses y comisión, (no consta en autos la redacción literal de estos recibos):

Resultando que incoados autos ejecutivos por Doña Matilde Benavides y Soto contra Doña Consuelo Sierra, fueron embargados como de la propiedad de ésta los muebles vendidos en la escritura referida, por razón de cuyo embargo dedujo Doña Isabel Benayas en 22 de Octubre de 1888 demanda de tercería de dominio de dichos muebles, fundada en la escritura de compra susodicha que acompañó, por cuanto habían transcurrido los tres meses del retro sin que la vendedora hiciera uso de él, y si bien habían continuado los muebles en poder de Doña Consuelo, había sido porque al tratar de disponer de ellos como legítima dueña que era, le había rogado que los dejase en su poder algún tiempo:

Resultando que la ejecutante Doña Matilde Benavides no compareció á contestar la demanda, por lo que fué declarada rebelde, y la ejecutada Doña Consuelo Sierra impugnó dicha demanda de tercería, alegando para que se desestimara con imposición á lo demandante del pago de costas: que antes de que espirase el plazo de tres meses establecido en la escritura para poder hacer uso del retro, convino con Doña Isabel Benayas en dar al primitivo contrato el carácter de préstamo, estipulando un interés de 6 por 100 anual, en vez del 75 pactado antes; que en virtud de tal convenio había recibido Doña Isabel Benayas, por conducto de su apoderado Marín, las cantidades á que se referían los tres recibos suscritos por Marín, que presentaba con este escrito; y que por lo tanto no era cierto que Doña Isabel pasara nunca á disponer de los muebles, porque no habían llegado á ser suyos por razón del indicado convenio:

Resultando que la demandante replicó negando la existencia del convenio invocado por Doña Consuelo Sierra para fundar la novación con que excepcionaba, y afirmando por el contrario: que siempre había querido que subsistiese el primitivo contrato consignado en la escritura pública de venta con pacto de retro; y evacuado por la representación de Doña Consuelo Sierra el trámite de dúplica, insistiendo en lo que tenía alegado, se recibió el pleito á prueba, cuyo trámite utilizó tan sólo dicha demandada, dirigiendo varias preguntas al testigo Marín que reconoció como suyos los tres recibos presentados con la contestación á la demanda, afirmando que las cantidades á que se referían las recibió por su derecho propio y no como apoderado de Doña Isabel Benayas, y dirigiendo además posiciones á esta última, que absolvió diciendo que lo único que podía declarar era que entregó á su apoderado Marín 4.000 pesetas para tomar unos muebles en compra con pacto de retro; y que no había recibido cantidad alguna de las que figuraban en los recibos suscritos por Marín:

Resultando que sustanciado el pleito por todos sus trámites y en dos instancias, dictó la Sala primera de lo civil de esta corte sentencia confirmatoria con las costas, declarando que á Doña Isabel Benayas y Benayas corresponden en propiedad los bienes embargados en autos ejecutivos á instancia de Doña Matilde Benavides contra Doña Consuelo Sierra y Cidrón, mandando alzar dicho embargo y pasar los autos al Ministerio fiscal luego que la sentencia fuese firme, por si estimaba procedente instar la instrucción de diligencias en averiguación de los hechos denunciados por las partes:

Resultando que Doña Matilde Benavides y Soto interpuso recurso de casación, fundado en los numeros 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º Por infracción de la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, puesto que apareciendo probado con los recibos parciales de 25 de Enero, 26 de Abril y 21 de Julio de 1888, que la escritura de 25 de Octubre de 1887 había sido anulada por convenio mutuo de las partes, y jus-

tificádose que se trataba de un préstamo liso y llano con un interés algo crecido, pero no más, y no habiéndose aplicado dicha ley, quedaba probada su infracción por la sentencia recurrida:

2.º Por haberse infringido también la ley 15, tít. 14, Partida 5.ª, que dice: é esto sería como si un ome vendiese á otro alguna cosa, é después el comprador renovase pleito en otra manera con el vendedor, obligándose á pagar el precio como en razón de emprestido. Ca essonce no sería tenudo el debdor de pagarle lo que devía como en razón de vendida, mas como si oviesse los maravedis del precio tomados emprestados del otro; por cuanto, otorgada la escritura de venta con pacto de retro y vencido el plazo sin que el comprador hiciese uso de la cosa vendida, recibiendo en cambio con repetición cantidades del vendedor en concepto de intereses y á cuenta de mayor suma, según lo justifican los recibos citados en el motivo anterior, es evidente que se novó la primera obligación para quedar, según las palabras de la ley, *como en razón de emprestido*, y por tanto, desatada la obligación primera de venta, quedando subsistente la segunda, ó sea la de préstamo, sin que el acreedor pueda invocar derecho alguno sobre la cosa como comprador, y menos como dueño de ella:

Y 3.º Porque siendo un hecho probado que D. Eduardo Alejandro Marín cobró de Doña Consuelo Sierra las cantidades que expresan los recibos por él suscritos, é innegable que como apoderado de Doña Isabel Benayas otorgó la escritura de 25 de Octubre de 1887, porque en autos no aparece que exista ó haya existido trato ni contrato alguno en virtud del cual tuviera derecho Marín para cobrar de Doña Consuelo las cantidades que cobró, á no ser como apoderado de Doña Isabel Benayas, resulta que al negar ésta que hubiera recibido cantidad alguna de la Doña Consuelo y afirmar Marín que las cantidades por la última otorgadas eran procedentes de contratos entre él y la Doña Consuelo, han faltado á la verdad y tratado de cobrar de nuevo; cometiendo con ello un delito que desde el momento en que fué denunciado en autos debió suspender el dictar sentencia, en virtud de lo dispuesto en el art. 362 de la ley de Enjuiciamiento civil, que por tal concepto se citaba como infringido; siendo de observar que la sentencia se funda precisamente en la escritura de 25 de Octubre y no admite los recibos parciales como prueba, sosteniendo que la negativa de Doña Isabel Benayas y su apoderado son prueba de no haber sido novado el contrato, y fundando, por tanto, su fallo en estos hechos y documentos que son la prueba evidente de la comisión de los delitos denunciados, por lo que no puede estar más clara la infracción legal, ni más claro tampoco que ha incurrido en notorio error de hecho y de derecho en apreciación de la prueba, resultando probado este error de los precitados documentos y declaraciones:

Resultando que Doña Consuelo Sierra interpuso también recurso de casación por infracción de ley, fundado en los siguientes motivos:

1.º En el caso 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque de los recibos que obran en autos aparece que D. Eduardo Alejandro Marín, apoderado de Doña Isabel Benayas, cobró de Doña Consuelo Sierra los intereses y comisión, y como Marín al declarar dijo que dichas cantidades recibidas de los recurrentes lo fueron en nombre propio y no como apoderado de Doña Isabel Benayas, ni para ésta, es claro que al percibir un tanto por comisión no ha podido en modo alguno cobrar dicha comisión en nombre propio, porque comisión significa encargo de tercera persona, que en los presentes autos es Doña Isabel Benayas; hallándose, por tanto, demostrada la equivocación evidente de la Sala sentenciadora, al decir que la recurrente no ha comprobado en modo alguno que Marín expidiera los recibos como apoderado de Doña Isabel Benayas, porque de

los mismos aparece que obró en nombre de otro al percibir un tanto por comisión:

2.º En la infracción de la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, porque habiéndose demostrado que dicho apoderado ha percibido intereses de la suma con que se compraron los muebles, es evidente también que se trata de una obligación de préstamo á que quedó reducida la primera obligación; pues cuando una de las partes satisface intereses, es indudable que se trata sólo de un préstamo; y como de cualquier modo que aparezca que el hombre quiso obligarse, queda obligado, debe ser obligada Doña Isabel Benayas á cumplir la obligación indicada:

3.º La ley 42, tít. 5.º, Partida 5.ª, con arreglo á la que, en el contrato de compraventa con pacto de retro, el vendedor debe devolver el precio dentro del término señalado ó pagar la pena estipulada, no pudiendo Doña Isabel Benayas adquirir el dominio de los muebles hasta que transcurriese el 25 de Enero; pero como en el mismo día y dentro del plazo satisfizo la recurrente los intereses correspondientes, no está obligada más que á devolver el precio á Doña Isabel Benayas, pero nunca los muebles, porque no se ha cumplido la condición de la escritura ó sea el transcurso del tiempo fijado para el plazo del retro:

4.º La ley 61, tít. 5.º, Partida 5.ª, que dice: que cuando el comprador y vendedor se arrepienta de la venta, se deshace ésta; pues por mutuo disenso se deshacen los contratos, y demostrado se halla en autos que las partes optaron por el préstamo y se arrepintieron de la venta al pagar y percibir los intereses de la suma entregada para la venta condicional:

5.º La ley 15, tít. 14, Partida 5.ª, que dice: renovamiento es otra manera de quitamiento que desata la obligación principal de la debda, bien assí como la paga. Esto sería como si un ome vendiese á otro alguna cosa, é después el comprador renovase el pleito en otra manera con el vendedor, obligándose á pagar el precio como en razón de emprestido. Ca estonce no sería tenudo el debdor de pagarle lo que devía como en razón de vendida, mas como si oviesse los maravedis del precio tomados emprestados de otro, por cuanto demostrado queda en los anteriores motivos que las partes convinieron en que el precio se pagaría como en razón de préstamo, único contrato al que hay que atenerse:

6.º Las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1859 y otras, que dicen: que cuando un pacto es modificado por otro posterior, cesa la acción que pudiera utilizarse como consecuencia del que antes existía; así como la de 23, (no dice el mes) de 1865, que dispone que la novación de un contrato aceptada por ambos contratantes, produce una verdadera obligación, modificando lo anteriormente convenido, toda vez que el contrato de venta se modificó por el préstamo por voluntad de ambas partes, porque una parte ha fijado intereses y el apoderado de la otra los ha percibido, cobrando además un tanto por comisión:

7.º La ley 15, tít. 14 de la Partida 5.ª, que dispone: que si la condición del nuevo contrato no se cumpliera, quedaría firme la primera obligación y no valdría la novación; pues habiendo cumplido la recurrente con esta obligación al pagar los intereses, ha cesado la primera obligación y queda subsistente la segunda, ó sea la del préstamo, á cuya obligación únicamente deben atenerse las partes contratantes:

8.º La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1864, que dice: que la novación es un medio de extinguir la obligación anterior; pero que cuando se hace la novación con condición, es necesario que se cumpla para que valga la obligación posterior; por cuanto acreditado se halla esto en los autos con el pago de los intereses de la obligación posterior:

9.º La sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1865,

que dice: que si es cierto que la renta á retro transmite el dominio con la limitación que dicho pacto lleva consigo, también lo es que si una de las partes contratantes demuestra por sus actos una nueva obligación aceptada por la otra parte, aunque sea tácitamente, se contrae una obligación y debe cumplirse;

Y 10. La doctrina consignada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1886, 24 de Diciembre de 1885 y en otras, de que es regla fundamental de interpretación de las convenciones la intención de los contrayentes, y como la intención se conoce por los actos, el cobrar intereses reconoce como causa el préstamo, que es el contrato en que no caben intereses si no se pactan.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que al declarar la Sala que Doña Isabel Benayas ha justificado su derecho á los muebles que por precio de 4.000 pesetas y pacto de retro durante tres meses le vendió Doña Consuelo Sierra, según escritura de 25 de Octubre de 1887, no infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, ni la 15, tít. 14, Partida 5.ª, citadas en los motivos 1.º y 2.º por Doña Matilde Benavides, ejecutante, porque es ineludible el contrato escriturado, toda vez que transcurrió el plazo sin retraer, y la novación de la compra alegada por la vendedora Doña Consuelo, apoyada en los recibos firmados por D. Eduardo Alejandro Marín, ni tienen relación con la venta ni justifican la novación mencionada, según declara el Tribunal sentenciador apreciando el contenido de aquéllos y las otras pruebas suministradas, y contra el juicio de la Sala no se cita ley en los términos que exige el núm. 7.º del art. 1692:

Considerando que tampoco infringe el art. 362 de la ley de Enjuiciamiento civil, invocado en el motivo 3.º, porque aquél no prescribe la suspensión del pleito sino cuando *exclusivamente* se haya de fundar el fallo en la existencia de un delito, lo cual no acontece en el presente litigio, y por ello la Sala, al dictar sentencia apreciando las demás pruebas, manda que en su día se pasen los autos al Ministerio fiscal por si estima conducente investigar la realidad de los hechos expuestos por la recurrente, quedando con ello cumplido el precepto de la ley:

Considerando que no infringe la sentencia el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni los demás citados por Doña Consuelo Sierra en los diez motivos del recurso, porque en todos se hace supuesto de la cuestión, esto es, dando por cierto que se celebró una novación de contrato, pasando á ser préstamo lo que fué venta, y que anulada ésta por aquél, era improcedente la demanda; olvidando, empero, la recurrente citar la ley desconocida por la Sala al negar la novación en méritos de la apreciación de las pruebas que era la aplicable, puesto que las mencionadas se refieren al hecho no justificado y del que debía nacer la obligación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por Doña Matilde Benavides de Soto y por Doña Consuelo Sierra y Cidrón, á quienes condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debieron constituir, que se distribuirá, si vinieren á mejor fortuna, con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 14 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 5 de Agosto del mismo año.)

150

RECURSO DE CASACIÓN (18 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Liquidación de cuentas.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Micaela Vaca en pleito con Doña María de los Dolores Remisa (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que aun en el supuesto de que un individuo, más que un mero administrador á sueldo de otro con cargo limitado, aparte del de llevar los libros de contabilidad, á hacer cobros á nombre del mismo y á verificar pagos á cargo y con fondos de la casa fuera un verdadero mandatario, en este concepto sólo le competiría el derecho de reclamar el abono de los honorarios prometidos y el de las expensas hechas en el desempeño de su gestión, y en modo alguno el de pedir cuentas al demandante, el cual derecho sólo á éste, con relación al mandatario, corresponde:

Que mucho menos puede el supuesto mandatario dirigir las reclamaciones relativas á su gestión durante la vida del mandante á la viuda de éste, si no es heredera de su esposo, y resulta, por el contrario, acreedora á la testamentaría del mismo por razón de sus aportaciones matrimoniales:

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 20, 21, 24, 25 y 32 del tít. 12, Partida 5.ª, y las reglas 18 y 20, tít. 34, Partida 7.ª:

Que en el propio caso, la sentencia absolutoria de la demanda del administrador sobre liquidación de cuentas y pago del sueldo no infringe las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª, concernientes al contrato de arrendamiento de servicios, si la Sala sentenciadora, apreciando, en uso de sus facultades, la prueba aportada á los autos, sin que su apreciación sobre este punto haya sido impugnada en legal forma, no ha estimado que el demandante devengara el mayor sueldo que reclama, apareciendo, por el contrario, que cobró todos los devengados:

Que si bien, con sujeción al núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, procede el recurso de casación por infracción de ley cuando en la apreciación de la prueba se ha cometido error de derecho ó de hecho, para que pueda aquél prosperar en el primer concepto sólo es pertinente la cita de leyes ó doctrina destinada á fijar el valor é importancia de las pruebas:

Que no tiene este carácter el axioma jurídico de que la prueba de la extinción de las obligaciones incumbe al que la alega en juicio, ni los artículos 548 y 599 de la ley de Enjuiciamiento civil, que se limitan á fijar el objeto, condiciones y requisitos de los escritos de réplica y dúplica.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma, por Doña Micaela Vaca y Mesa, viuda, de esta vecindad, por sí y en representación de su hijo menor D. Raimundo Martínez y Vaca, representada por el Procurador D. José María Villa, y defendida por el Letrado D. Luis Martorell, con Doña María de los Dolores Remisa y Rafo, Marquesa de Remisa, propietaria, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Licenciado D. José Antonio Peña, sobre liquidación de cuentas:

Resultando que Doña Dolores Remisa y Rafo, Marquesa de Remisa, viuda, por sí y en representación de sus hijos menores de edad D. Luis, D. Ramiro y Doña Francisca Muñoz y Remisa, interviniendo además como albacea de su difunto esposo D. Jesús Muñoz, Marqués de Remisa, y Doña

María Cristina y Doña Teresa Muñoz y Remisa, mayores de edad, otorgaron poder en 7 de Junio de 1882 á D. Olegario Martínez y Buendía, para que en nombre y representación de los otorgantes, según intervenían, y por tanto, en todo cuanto se refería á los derechos propios y personas de las mismas y los de las citadas menores, y ya como viuda y herederos respectivamente del expresado Marqués, así como en el de albacea del mismo que tenía la Marquesa, administrase toda clase de bienes, percibiendo sus rentas, reclamara y recibiera cantidades de todas clases, pidiera y tomara cuentas, practicara liquidaciones, aceptara y pagara letras, transigiera cuestiones y diferencias, representase á los otorgantes en las oficinas del Estado en cuantos asuntos les interesasen, y asimismo ante los Juzgados y Tribunales en toda clase de negocios:

Resultando que D. Olegario Martínez, que había sido administrador de D. Jesús Muñoz, Marqués de Remisa, desde mediados de Marzo de 1876 hasta la defunción de éste, ocurrida en 18 de Mayo de 1882, se disparó un tiro el 24 de Febrero de 1884 que le privó de la vida algunas horas después, durante las cuales escribió y firmó un papel, en el que declaró que la causa de haberse disparado el tiro era estar perdido por completo, pues si bien se cuenta en la casa pasaba de 4.000 duros y dos pagarés que había en la cómoda (literal), no puede cobrar nada, y como yo debo á Mateo 1.000 duros ó más que son de los intereses de los dos pagarés firmados por el Marqués, y que uno es mío, con los cuales se iba á pagar la granja, quedando en paz con Mateo, y dándome á mí el pagaré de 2.000 pesos de la señora; pero ya esto no puede hacerse, y Mateo perderá el pagaré que tiene firmado, como sucederá con el que yo tengo. Además de esto, el papel de Doña Loreto que aparece empeñado, lo vendí con propósito cuando yo cobrase de reponerlo; pero como yo no he cobrado mi deuda de la casa, no pude hacerlo, en la cuenta de este mes deben faltar fondos. No lo he jugado, he vivido mejor que podía, y ahí es todo. Al hacerlo creí recoger lo mío y marcharme al pueblo. Hoy no hay nada de dinero, de suerte que no podemos pagar á nadie, ni á Médico ni á nada. He creído siempre ser honrado y lo sigo creyendo, porque yo he tomado con propósito de pagar cuando cobrase; esto no puede ser, y quedo como un bribón:

Resultando que la Marquesa de Remisa encargó al Profesor mercantil D. Enrique Mayo y Vela el examen de los libros de la contabilidad de su casa, pidiéndole dictamen acerca de si tenían caracteres bastantes para hacerlos dignos de fe desde 11 de Marzo de 1876; si en particular los asientos referentes al cajero, tenedor de libros y administrador de la casa, Don Olegario Martínez, desde aquella fecha hasta Febrero de 1884, revelaban con toda certidumbre si era deudor ó acreedor á la misma y por qué cantidad, y si habiendo cometido aquél falsedades, que la constaban en algunos asientos, eran repudiables todos los demás; y dicho perito libró certificación en 31 de Marzo de 1887, manifestando en resumen que los libros de que hizo mérito no tenían caracteres para hacerlos dignos de fe desde el principio de la administración, porque los asientos no se hacían á medida que se efectuaban las operaciones, porque había errores de suma que llevaban consigo los unos falta de dinero en caja y los otros un sobrante de muchos miles de reales en el balance, sin haberlo advertido ni rectificado el cajero administrador Martínez, porque desde la muerte del Marqués llevaba dos libros de caja en contradicción, á pesar de lo cual, y de existir errores de suma y algún pago solamente, en el otro cerraban ambos con idéntico balance en 31 de Diciembre de 1883, y porque aparecía la caja pagando muchas veces crecidas cantidades por miles de duros, cuando, según los libros, no tenía una peseta; y si á esto se agregaba la falta de libros, importantísima falta que se agregaba con la cesación intencionada de asientos que terminaban á menos de la mitad del libro Mayor cuando la

creación de un Diario hacía más necesaria su continuación, se adquiría la convicción de que tal contabilidad no era la expresión fiel de los cobros y pagos efectuados, y por consecuencia que no merecía fe ni crédito; que á la pregunta de si los asientos de Martínez le presentaban como acreedor ó deudor de la casa, contestó que hasta fin de 1879 no tenía aplicación la consulta, pues hasta esa fecha sólo figuraba el nombre de Martínez el último día de cada mes al acreditar el cobro de su sueldo; pero por lo relativo al tiempo posterior, sentó por conclusión, después de razonar su opinión, que se oponía la vehemente sospecha de que Martínez no era acreedor de la casa á la defunción del Marqués, y la certidumbre de que después incurrió en deuda con ella en 9.000 y tantos reales por la desaparición de las existencias de caja con más de 526 reales, según sus mismas cuentas; que quien obraba como Martínez era capaz de hacer toda clase de asientos falsos fingiendo préstamos á la casa con fondos de la caja de ésta, y mucho más en libros llevados de la manera que se había visto; pero que no era al perito á quien correspondía emitir juicio sobre el particular, terminando con la manifestación de que la Marquesa de Remisa le había dado instrucciones para la cuenta general del que fué su cajero, y con arreglo á ellas había formulado el estado que acompañaba, y que arrojaba un saldo contra D. Olegario Martínez y en favor de la casa de 59.611 reales y 77 céntimos:

Resultando que Doña Micaela Vaca y Mesa, por sí y en representación de su hijo menor D. Raimundo Martínez, después de haber obtenido la declaración de pobre para litigar, dedujo en 14 de Agosto de 1888 la demanda objeto de estos autos, alegando: que su difunto marido D. Olegario Martínez había desempeñado durante largo tiempo el cargo de apoderado general del difunto Marqués de Remisa, administrando en tal concepto sus bienes y los de la Marquesa, cargos que siguió desempeñando desde el fallecimiento del Marqués hasta el 25 de Febrero de 1874, en virtud de poder que en 7 de Junio de 1882 le había conferido aquélla; que como consecuencia de todo, D. Olegario Martínez percibía cantidades y hacía á su vez pagos devengando un sueldo de 375 pesetas mensuales; y como quiera que á su fallecimiento se le adeudaban los sueldos que había devengado desde el día 31 de Enero de 1880, y no estaban sus cuentas liquidadas, la demandante, por su interés y por el de su hijo menor practicó diferentes gestiones para lograr la liquidación y el pago, las cuales resultaron inútiles, así como el acto de conciliación; y citando diversas leyes que justifican el derecho que tenía para la liquidación de cuentas y abono de su alcance, terminó suplicando que se condenase á la Marquesa de Remisa á que liquidase con la demandante las cuentas que tanto ella como su difunto esposo tuvieron con D. Olegario Martínez Buendía, pagase dentro del plazo que al efecto se fijara el saldo que á su favor pudiera resultar, y satisficiera además el importe del sueldo de D. Olegario Martínez durante el tiempo transcurrido desde el día 31 de Enero de 1880 hasta el 25 de Febrero de 1884, á razón de 375 pesetas mensuales, con las costas que se causasen:

Resultando que contestando á la demanda Doña Dolores Remisa y Rafo, Marquesa de Remisa, después de manifestar su extrañeza por tal demanda, puesto que los demandantes debían ser los demandados, expuso: que Don Olegario Martínez había sido administrador del Marqués de Remisa desde mediados de Marzo de 1876, sin constarla con qué clase de poder, ni aun si se los llegó á conferir, puesto que no los había visto, y D. Olegario firmaba unas veces como administrador general y otras como apoderado, pero habiendo devengado sólo el sueldo de 250 pesetas al mes, según se explicaba en el asiento de 31 de Agosto del repetido año; habiendo continuado en la administración desde la muerte del Marqués hasta que se

suicidó el 24 de Febrero de 1884; que aun cuando el poder que para ello le confirió estaba otorgado también á nombre de sus hijos menores, en unión con los ya mayores, había hecho sólo uso de él como albacea testamentario mientras estuvo la herencia yacente y se adjudicaron á la Marquesa todos los bienes de la casa hasta donde alcanzaron, por existir un déficit en sus aportaciones de 1.233.098 pesetas 28 céntimos, porque quedó acreedora contra la herencia; que en dichas particiones, para las cuales suministró datos y documentos D. Olegario Martínez, que no opuso á ellas la la menor objeción, no se indicó que tuviesen crédito alguno contra el Marqués ni contra la casa; crédito que, por otra parte, nunca sería preferente al de la viuda; diciéndose además en la segunda declaración que la Marquesa pagaría si tal fuese su voluntad, las deudas del finado, pero sin quedar obligada á verificarlo, y que cuantos créditos pudieran aparecer en favor del Marqués la pertenecerían en reintegro de dicho déficit mientras no lo superase; de modo que si D. Olegario Martínez tuviese algún crédito no prescrito contra el Marqués, de nadie podía cobrarlo, porque la Marquesa no fué heredera, sino que lo fueron los hijos de ambos aceptantes en un principio de la herencia á beneficio de inventario; hizo mérito de la declaración que escribió en sus últimos momentos D. Olegario Martínez y del resultado que ofrecía el examen pericial de los libros, siendo indiscutible que Martínez había cometido falsedades en ellos para defraudar á la casa de Remisa, habiéndolo además confesado él mismo en el papel que escribió á punto de agonizar, y extendiéndose en largas consideraciones acerca de los medios de fortuna de Martínez y de la forma en que vivía, que representaba un gasto anual de 30.000 reales; y citando las leyes de Partida, según las que el mandatario y sus herederos están obligados á dar cuentas al mandante y á pechar el daño que le vino por razón de él, terminó suplicando que se le absolviera de la demanda y se condenase á Doña Micaela Vaca, á que rindiese en término de quince días á la Marquesa de Remisa las cuentas que había debido rendir D. Olegario Martínez con entrega del alcance que resultase, incluyendo en ella las partidas del *debe* y *haber* detalladas en el estado que acompañaba á la certificación del perito pero no partida alguna por razón de sueldo; y para el caso de que no lo verificase, declarar obligados á Doña Micaela y á su hijo á estar y pasar por dicha cuenta, que la Marquesa hacía suya para este efecto, condenándoles á pagarla el saldo de 59.611 reales con 37 céntimos que arrojaba, imponiéndola las costas:

Resultando que replicando la demandante alegó: que á consecuencia del fallecimiento de D. Olegario se habían formado operaciones particionales que habían sido aprobadas y protocolizadas, calculando en 20.000 pesetas el crédito contra la Marquesa, que debía ser aumentado ó disminuído, según resultara de la liquidación que oportunamente se practicaría con la casa; que de la carta escrita por Martínez después de atentar contra su vida, se deducía que la causa de que se creyese perdido y sin recursos provenía del temor ó certeza que creía abrigar de que no cobraría lo que le debía la casa de Remisa; que impugnaba la eficacia y hasta la certeza de los asientos parciales y del dictamen pericial; que la demandada pretendía que Doña Micaela Vaca, sin antecedentes ni justificantes, rindiera cuentas de actos que no realizó; y que le pagase 14.000 pesetas cuando la herencia de D. Olegario había quedado reducida á 2.662 descontando el crédito que se reclamaba; y negando cuantos hechos se alegaban de contrario, insistió en la solicitud de su demanda, absolviéndola de las pretensiones deducidas por la Marquesa respecto á la rendición de cuentas y pago de cantidades, con las costas:

Resultando que suministrada prueba por las partes, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta

corte dictó en 20 de Marzo de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, absolviendo á la demandada Doña María de los Dolores Remisa y Rafo, Marquesa de Remisa, de la demanda contra la misma interpuesta por Doña Micaela Vaca y Mesa, por sí y como representante legal de su hijo menor D. Raimundo Martínez Vaca, y absolviendo asimismo á ésta de la reconvención formulada contra ella en los referidos conceptos por la citada Marquesa:

Resultando que Doña Micaela Vaca, por sí y en la representación indicada, ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que la sentencia infringe las leyes 20, 21, 24, 25 y 32 del tít. 12 de la Partida 5.ª, y las reglas 18 y 20 del tít. 34 de la Partida 7.ª, puesto que á pesar de los terminantes preceptos de estas leyes, la sentencia daba lugar á que la recurrente, como causahabiente de D. Olegario Martínez, tuviera que sufrir las consecuencias de daños y culpas de los Marqueses de Remisa, de quienes Martínez fué administrador y apoderado general, toda vez que, contra lo dispuesto por dichas cinco leyes, no se condenaba á la parte contraria á pagar los gastos y abonar los daños y perjuicios que en el desempeño del mandato hizo Martínez; cosas que, con arreglo á tales leyes, debían ser cargo de quien confería el mandato y se utilizaba del mismo:

2.º Que infringe la sentencia las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª del título 8.º de la Partida 5.ª, así como la regla 17, tít. 34 de la Partida 7.ª, porque, á pesar de sus terminantes preceptos, daba lugar la sentencia á que la parte demandada se enriqueciera en perjuicio de la recurrente, y no condenaba á la Marquesa de Remisa á pagar los servicios prestados por D. Olegario Martínez á los Marqueses de Remisa, consistentes en las funciones propias de una administración ó apoderamiento general:

3.º Que la sentencia recurrida infringe lo establecido por este Supremo Tribunal en las sentencias, entre otras, de 6 de Noviembre de 1856, 14 de Mayo de 1864 y 3 de Octubre de 1888; consistiendo el concepto de esta infracción, en cuanto á pesar de establecer dicha jurisprudencia que en casos como el de autos en que se cruzaban reclamaciones encontradas, era indispensable acordar una liquidación cuando no hubiera acuerdo entre los litigantes, la sentencia no accedía á la petición de liquidación de cuentas, que en primer término comprendía la demanda:

4.º Que si pudiera estimarse justificada la sentencia recurrida por la apreciación que hacía de no aparecer probado que D. Olegario Martínez fué administrador del Marqués de Remisa y apoderado general de la Marquesa, según parecía deducirse de los considerandos del fallo, habría en tal supuesto incurrido en el error de derecho de infringir los preceptos de los artículos 548 y 549 de la ley de Enjuiciamiento civil, y había estimado que incumbía á la recurrente la prueba de hechos que habían sido confesados en los escritos de contestación y dúplica:

5.º Y que si pudiera estimarse que lo que se refería al pago de salarios de Martínez justificaba la resolución de la sentencia recurrida, la apreciación que se deducía de uno de sus considerandos, de que esta parte no había probado que se debieran, es decir, que no habían sido pagados, el Tribunal *a quo* habría, bajo tal supuesto, incurrido en error de derecho, infringiendo el conocido axioma legal á que daba autoridad de derecho positivo el art. 1214 del Código civil, que previene que la prueba de la extinción de las obligaciones incumbe al que la alega en juicio; pues bajo tal supuesto habría estimado ei Tribunal que era á la recurrente á quien incumbía la demostración de la no extinción de la obligación de pago, no demostrada ni intentada por la Marquesa de Remisa, que la alegó:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Salvador Viada:

Considerando que aun en el supuesto de que D. Olegario Martínez y Buendía, más que un mero administrador á sueldo fijo del Marqués de Remisa, D. Jesús Muñoz Sánchez con encargo limitado, aparte del de llevar los libros de contabilidad, á hacer cobros á nombre del mismo y á verificar pagos á cargo y con fondos de la casa, fuera, como se supone, un verdadero mandatario, cuyas facultades especiales, empero, se desconocen por no haberse traído al pleito el poder que, según afirma su viuda Doña Micaela Vaca, hoy recurrente, le confiriera el susodicho Marqués, es lo cierto que en tal concepto de mandatario, á él ó á sus herederos sólo les competiría el derecho de reclamar el abono de los honorarios prometidos y de las expensas hechas en el desempeño de su gestión, y en modo alguno el de pedir cuentas al mandante, el cual derecho sólo á éste, con relación al mandatario, corresponde, y mucho menos pudo dicha Doña Micaela Vaca, como causahabiente del Martínez, dirigir una ú otra de aquellas reclamaciones con respecto á su gestión durante la vida del Marqués de Remisa á la Marquesa demandada, que no es heredera de su esposo, y resulta, por el contrario, acreedora á la testamentaría de éste en cantidad de 1.233.098 pesetas 28 céntimos por razón de sus aportaciones matrimoniales; siendo, por lo tanto, obvio que la sentencia absolutoria recurrida no infringe las leyes de Partida relativas al contrato de mandato que se citan en el primer motivo, ni las sentencias de este Supremo Tribunal que se mencionan en el tercero, las cuales se refieren á casos esencialmente distintos del que es objeto del presente recurso:

Considerando que al absolver asimismo la Sala sentenciadora á Doña Dolores Remisa y Rafo, Marquesa de Remisa, del segundo extremo de la demanda, ó sea el relativo al abono del sueldo ó salario que devengara D. Olegario Martínez Buendía desde 31 de Enero de 1880 hasta 25 de Febrero de 1884, no ha incurrido en la infracción de las leyes de Partida concernientes al contrato de arrendamiento de servicios que con notoria inoportunidad se citan en el segundo motivo, pues apreciando la prueba aportada á los autos, en uso de su facultad privativa, sin que su apreciación sobre este punto haya sido impugnada en legal forma, ha estimado que la actora no ha justificado que su esposo D. Olegario devengara el mayor sueldo de 375 pesetas con relación al de 250 que resulta de cierto documento del difunto Marqués, ni que se le debiera salario alguno anterior al mes de Febrero de 1884, en que se suicidó dicho su marido, apareciendo, por el contrario, que éste cobró todos los devengados:

Considerando que no son tampoco de estimar los motivos 4.º y 5.º, porque si bien con sujeción al núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil procede el recurso de casación por infracción de ley cuando en la apreciación de la prueba se ha cometido error de derecho ó de hecho, para que pueda aquél prosperar en el primer concepto, único alegado, sólo es pertinente la cita de leyes ó doctrina destinada á fijar el valor é importancia de las pruebas, cuyo carácter no tienen ni el axioma jurídico que se invoca en el quinto motivo, referente á quién incumbe la prueba de la extinción de las obligaciones, ni los artículos 548 y 549 de la ley de Enjuiciamiento civil citados en el 4.º, que se limitan á fijar el objeto, condiciones y requisitos de los escritos de réplica y dúplica;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Micaela Vaca, por sí y en representación de su hijo menor D. Raimundo Martínez, á quien condenamos, por razón de depósito, al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la

certificación correspondiente, con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 18 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Julio del mismo año.)

151

RECURSO DE CASACIÓN (18 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Cumplimiento de una cláusula testamentaria.*—No ha lugar al interpuesto por Don Julián Campo en pleito con D. Domingo Ortiz y otros (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que facultando el testador á sus testamentarios para colocar el capital de un legado en la compra de acciones del Banco de España ó de otro establecimiento que le reemplazare ó en casas de esta corte, esta frase en la acepción jurídica y en el lenguaje usual y corriente, tanto quiere decir como que habría de imponerse dicha suma en un predio urbano de Madrid y no determinadamente que hubiera de adquirirse su dominio; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 2.ª, tít. 10, Partida 6.ª

Que son improcedentes los motivos del recurso relativos al demandado que fué absuelto de la demanda por la sentencia de primera instancia, si esta resolución quedó firme por no haberse alzado de ella el demandante ni haberse adherido á la apelación interpuesta por los demás demandados.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sur de esta capital, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por Don Julián Campo y Yagüe, vecino de esta corte, como representante legal de su esposa Doña Rosario Angulo y Laraviedra y de sus hijos menores Don Julio, Doña María, Doña Angela, D. Bernardo y Doña Rosario del Campo y Angulo, representado por el Procurador D. Angel Calvo y defendido por el Letrado D. Aureliano Linares Rivas, con D. Domingo Ortiz de Santa Coloma y D. Paulino Angulo y Mendía, de esta vecindad y comercio, en concepto de testamentarios de D. Jerónimo del Valle y Trasviña, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Maura, y con Doña Irene Montiel y Muñoz, viuda, vecina de Barcelona, por sí y en representación de sus hijos menores Doña Concepción, Doña Luz y D. José Francisco Alberto de Palacio y Montiel, y en su nombre el Procurador D. Constantino Rodero, bajo la dirección del Letrado D. Pedro Díaz Cassón, sobre cumplimiento de una cláusula testamentaria:

Resultando que D. Jerónimo del Valle y Trasviña otorgó testamento cerrado en esta corte, á 29 de Marzo de 1876, en cuya cláusula 9.ª dijo: Lego á mi sobrina Doña María de los Angeles Laraviedra, viuda de Don Gregorio de Angulo; á Doña Carmen Amirola, viuda de mi sobrino Don José de Laraviedra, y á D. Valentín y D. Jerónimo de Paredes, á cada uno de ellos 20.000 duros, ó sean 100.000 pesetas, á calidad de que el legado hecho á las dos primeras, ó sea Doña María de los Angeles de Laraviedra y Doña Carmen Amirola, sea en usufructo, y la propiedad del legado de Doña Carmen recaiga á su defunción en su hija Doña María de los Angeles de Laraviedra ó hijos de ésta si no le sobreviviere, y si falleciere antes que su madre y sin dejar sucesión legítima, pase en usufructo á la citada Doña María de los Angeles Laraviedra, viuda de D. Gregorio de Angulo, y á falta de ésta á su hija Doña María del Rosario de Angulo, también en usufructo; y que el legado hecho á dicha Doña María de los Angeles Laraviedra pase asimismo en usufructo á su referida hija Doña Maria del Ro-

sario, si le sobrevive, y en propiedad á los hijos de ésta que sobrevivan, sean uno ó más varones ó hembras, á ambas usufructuarias María de los Angeles y María del Rosario, y no sobreviviéndole ningún hijo de Doña María del Rosario, á mi heredero ó herederos, y como puede suceder que á mi fallecimiento no haya en Caja los fondos necesarios para pagar estas cuatro mandas de 100.000 pesetas cáda una, es mi voluntad, que en este caso, se satisfagan luego que se realice la venta de los géneros de droguería y efectos existentes en la tienda y almacén destinados á la venta; es también mi voluntad que siendo usufructuarias las citadas Doña María de los Angeles Laraviedra y Doña Carmen Amirola, igualmente que Doña María del Rosario de Angulo, mis testamentarios coloquen su importe líquido en compra de acciones del Banco de España ú otro establecimiento que le remplace ó en casas de esta corte, á fin de que reciban su producto hasta que fenezcan los usufructos; y ordeno que mis testamentarios en la compra que verifiquen, obren con entera libertad, sin que nadie pueda exigirles cuenta ni responsabilidad de ninguna clase; nombró por sus albaceas testamentarios con la cualidad de juntos é *insolidum* á D. Gregorio Miota, D. Miguel de Arévalo, D. José Aniceto Ortega, D. Paulino de Angulo y D. Domingo Ortiz de Santa Coloma, dándoles facultades para la venta y traspaso de ciertos bienes y para apoderarse de todos los que le pertenecieran, vendiendo los suficientes para el cumplimiento de su voluntad, siendo tenedores administradores y depositarios de su caudal hasta la completa liquidación extrajudicial de la testamentaría; é instituyó por su único y universal heredero á su sobrino D. Francisco de Palacio y Valle, residente en la República de Guatemala, y si le premuriese, al hijo ó hijos que dejase, por iguales partes:

Resultando que ocurrido el fallecimiento de D. Jerónimo del Valle en 23 de Mayo de 1878 bajo este testamento, los testamentarios D. Paulino Angulo y D. Domingo Ortiz de Santa Coloma se incautaron de todos sus bienes, y habiendo regresado á España el heredero ausente D. Francisco Palacio, promovió el juicio voluntario de testamentaría, en el que se personaron los testamentarios, que impugnaron la promoción de aquél, pero habiendo desistido de su oposición, declarando concluído su cometido, reservándose sólo intervenir en el pago de las deudas y legados, y manifestado el heredero que aceptaba la herencia á beneficio de inventario, recibiendo, por lo pronto, los bienes á título de depositario administrador, reconociendo la obligación de pagar las deudas y legados, por auto de 2 de Septiembre de 1878 se tuvo por apartados y desistidos á los testamentarios y herederos referidos de sus respectivas pretensiones bajo las bases y condiciones expuestas en su escrito, autorizándose á los primeros para que intervinieran en el pago de las deudas y legados de la testamentaría, y al segundo para que lo verificase tan luego como hubiera levantado fondos suficientes; autorizándose asimismo á D. Francisco Palacio para que vendiera y arrendara al testamentario D. Paulino de Angulo, con objeto de satisfacer legados, el establecimiento y almacén de droguería, con intervención de los otros testamentarios, quedando sobreseído desde luego el juicio de testamentaría:

Resultando que en 12 de Diciembre de dicho año 1878 Doña María de los Angeles Laraviedra dedujo demanda civil ordinaria contra D. Jerónimo del Valle y Trasviña, ya difunto, y en su representación contra sus testamentarios y contra su heredero D. Francisco Palacio sobre reivindicación de la propiedad de la casa de comercio viuda de Trasviña y primos desde 1841, y entrega de los bienes procedentes de la testamentaría de D. Manuel Trasviña como causante de D. Ambrosio Trasviña y Doña Tomasa de las Fuentes, solicitando el secuestro y anotación de los bienes que constituían la herencia:

Resultando que personada en los autos por fallecimiento del heredero D. Francisco Palacio, su viuda Doña Irene Montiel, en representación de sus hijos menores D. José Luis, Doña Concepción, Doña María de la Luz y D. Alberto Palacio y Montiel, convino con la demandante Doña María de los Angeles Laraviedra en terminar amistosamente el pleito, y previa la correspondiente autorización judicial, otorgaron escritura en 23 de Febrero de 1880, por la que Doña Irene Montiel, en la indicada representación, renunció á favor de Doña María de los Angeles Laraviedra y sus sucesores el derecho eventual que por la cláusula 9.ª de su testamento pudiera corresponder á los herederos de D. Francisco Palacio sobre el legado de las 100.000 pesetas hecho por aquél á Doña María para el caso y en la forma que dicha cláusula expresaba:

Resultando que en el mismo día 23 de Febrero de 1880 se otorgó escritura pública para pago de los legados hechos por D. Jerónimo del Valle. á la que concurrieron Doña Irene Montiel y Muñoz, en representación de sus hijos, herederos de D. Francisco Palacio, D. Domingo Ortiz de Santa Coloma y D. Paulino Angulo, como legatarios y testamentarios del causante Don Jerónimo del Valle; Doña María de los Angeles Laraviedra, por sí y otros, hasta el número de 23, y después de hacer expresión del testamento de D. Jerónimo, insertando su cláusula 9.ª y de la escritura otorgada en aquel mismo día del pleito promovido por Doña María de los Angeles Laraviedra, se dijo que, deseando tanto la viuda como los testamentarios satisfacer los legados, habían resuelto la forma de no perjudicar la propiedad ni los rendimientos, ofreciendo Doña María de los Angeles imponer en primera hipoteca la importancia del suyo sobre una casa de su propiedad, que aceptaron los testamentarios, y en su virtud, Doña Irene Montiel, con intervención de éstos D. Domingo Ortiz de Santa Coloma y D. Paulino Angulo entregó en el acto á Doña María de los Angeles Laraviedra la suma de 100.000 pesetas en billetes del Banco, á que ascendía el legado que la hizo D. Jerónimo del Valle y Trasviña; en cuya virtud, como satisfecha la expresada suma para responder del usufructo de la misma, que á la muerte de la legataria había de pasar á su hija Doña María del Rosario Angulo si la sobreviviera, y por fallecimiento de ésta en plena propiedad á los hijos de Doña Rosario, que la sobrevivieren en igualdad de proporción, como así bien la propiedad del mismo para estos últimos, en cualquiera de los dos casos constituía primera hipoteca sobre la mitad proindiviso del todo de una casa de su propiedad, sita en la calle de Postas, con accesorias á la de San Cristóbal y Vicario Viejo, números 15, 17 y 19 modernos; que le correspondía por adjudicación que se le hizo en parte de pago de su haber á la defunción de su marido D. Gregorio Angulo, inscrita en el Registro de la propiedad á su nombre, y libre de todo gravamen, valuada dicha mitad de casa en 120.009 pesetas, hipotecándola por la mencionada cantidad de 100.000 pesetas á favor de los hijos de Doña Rosario Angulo Laraviedra que la sobrevivieran, y cuyo usufructo había de disfrutar la misma Doña María de los Angeles durante su vida, y á falta de ella, según se había dicho, Doña María del Rosario Angulo, pasando por la muerte de ambas á los hijos de esta última, instituídos en propiedad por el causante en virtud de la relacionada escritura de avenencia entre los herederos de D. Jerónimo y Doña María de los Angeles Laraviedra y Fuentes:

Resultando que en 27 del mismo mes del otorgamiento de esta escritura se expidió primera copia original á Doña Irene Montiel, y en 4 de Marzo siguiente, á instancia de Doña María de los Angeles Laraviedra, se expidió primera y segunda copia original:

Resultando que Doña María de los Angeles Laraviedra y Fuentes otorgó poder en 9 de Febrero de 1881 á favor de su hijo político D. Julián

Campo Yagüe para cobrar cuantas cantidades se le estuvieran debiendo, ya en metálico, efectos ó bienes, para vender, hipotecar, administrar, permutar, etc., y para comparecer en todos los Tribunales; y que haciendo uso de este poder, D. Julián Campo Yagüe recibió por escritura de 5 de Abril de dicho año de 1881, en clase de préstamo con interés de 10 por 100 de D. Fausto Collado, 12.500 pesetas, con hipoteca de la mitad de la casa calle de Postas con vuelta á la de San Cristóbal y Vicario Viejo, señalada con los números 15, 17 y 19, haciéndose constar respecto á cargas que por lo que aparecía del título exhibido, y según aseguraba D. Julián Campo y Yagüe, la mitad de dicha casa sólo se hallaba afecta á una obligación hipotecaria constituída por el mismo D. Julián como apoderado de dicha señora, á responder del pago de 55.000 pesetas recibidas á préstamo de D. Antonio Miralles por término de dos, según escritura de 14 de Enero de aquel año:

Resultando que por escritura de 2 de Agosto de dicho año 1881 D. Julián Campo Yagüe, como apoderado general de su madre política, recibió en préstamo de D. José Muñoz del Castillo 77.500 pesetas con interés de 7 por 100 é hipoteca de la mitad de la casa referida; que en 31 de Diciembre del mismo año recibió en igual concepto y con igual hipoteca 5.500 pesetas del mismo D. José Muñoz del Castillo; y que por escritura de 18 de Enero de 1882, y en el propio concepto recibió de Doña Benigna Ligués y Bardagí 6.407 pesetas 50 céntimos, constituyendo hipoteca por esta cantidad, sus intereses y 1.500 pesetas más para costas y gastos sobre la mitad proindiviso de la repetida casa, sin hacer mención en esta ni en las anteriores escrituras de la hipoteca constituída en la de 23 de Febrero de 1880:

Resultando que á instancia de Doña Benigna Ligués y Bardagí se despachó mandamiento de ejecución en 22 de Mayo de 1882 contra Doña María de los Angeles Laraviedra, para pago de la cantidad de 5.807 pesetas, procedentes de la mencionada escritura; y embargada la mitad de la casa de la calle de Postas, y dictada sentencia de remate, en ejecución de la misma se remató por D. Gregorio de Amirola la mitad de la casa hipotecada en la cantidad de 110.000 pesetas, de las cuales se entregaron 103.534 pesetas y 20 céntimos al primer acreedor hipotecario D. José Muñoz del Castillo, y el resto del precio del remate á Doña Benigna Ligués:

Resultando que en 29 de Agosto del mismo año, D. Julián Campo y Yagüe, en representación de sus hijos menores D. Jerónimo Julio, María Angela, Bernardo y Rosario Campo y Angulo, dedujo demanda para que se declarase que sus hijos tenían mejor derecho que D. José Muñoz del Castillo, Doña Benigna Ligués y Doña María de los Angeles Laraviedra al importe del precio que produjera en venta la mitad de la expresada casa calle de Postas, hasta cubrir las 100.000 pesetas como legatarios en propiedad de D. Jerónimo del Valle; y en 2 de Septiembre siguiente solicitó que se le tuviera por separado de dicha demanda, como en efecto se le tuvo, archivándose los autos:

Resultando que fundados D. Paulino de Angulo y D. Domingo Ortiz de Santa Coloma, en que ni Doña María de los Angeles Laraviedra había ejecutado los actos subsiguientes á que había quedado obligada en la escritura de 23 de Febrero de 1880, ni Doña Irene Montiel la había compelido á ejecutarlos como exigían sus propios intereses y su deber, dimanando de esas omisiones: que Doña María de los Angeles Laraviedra había gravado la mitad de la casa que ofreció en hipoteca de las 100.000 pesetas del legado, con otras hipotecas, para cuya satisfacción se había anunciado en los periódicos oficiales la venta de la casa, dedujeron demanda en 1.º de Septiembre de 1882, en la que, ejercitando las oportunas acciones personales, pidieron que se condenase á Doña María de los Angeles Laravie-

dra á que en el cumplimiento de lo pactado en la escritura de 23 de Febrero de 1880, dejase aseguradas las 100.000 pesetas que en el acto del otorgamiento recibió como legado en usufructo de D. Jerónimo del Valle de manos de la sucesión del heredero del mismo, con primera hipoteca sobre la mitad de la casa calle de Postas, San Cristóbal y Vicario Viejo, números 15, 17 y 19, cancelando al efecto todos los gravámenes subsistentes que sobre dicha mitad de casa aparecían inscritos ó anotados con anterioridad al día 23 de Marzo de 1882 en que fué presentada al Registro la referida escritura, y para el caso de que esto no pudiera ser, se la condenase á asegurar el capital del legado con suficiente hipoteca sobre otros bienes, ó entregase las 100.000 pesetas para constituirlas en depósito ó invertirlas en inmuebles; que se declarase que Doña Irene Montiel, en la representación con que hizo el pago de las 100.000 pesetas, estaba obligada á asegurar con suficientes hipotecas, si no lo verificaba Doña María, dicho capital, ó la porción del mismo que faltase, para el caso en que Doña Rosario Angulo ó sus hijos hubiesen de poseerlo, condenándola en su consecuencia á que en su lugar y tiempo cumpliese esta obligación, sôlicitando además que se hiciese saber á D. Julián del Campo y Doña María del Rosario Angulo, aquél como marido de ésta y representante legal de los hijos de ambos, la interposición de la demanda, á fin de que si lo estimaba oportuno pudiera acudir á formular y sustentar las pretensiones que juzgase convenientes á sus intereses:

Resultando que estimado y hecho así, y emplazadas las demandadas, Doña Irene Montiel, en representación de sus menores hijos, contestó á la demanda solicitando que, teniendo por propuesta reconvención contra los demandantes, como tales testamentarios de D. Jerónimo del Valle, se la absolviera de la demanda, condenando á los demandantes á perpetuo silencio, y declarando que, en concepto de testamentarios de D. Jerónimo del Valle, venían obligados en defecto y por insolvencia de Doña María de los Angeles á garantir en favor de la hija de ésta Doña Rosario, y de los nietos de la misma, hijos de la Doña Rosario, con acciones del Banco de España é hipoteca de casa en Madrid, el legado de 100.000 pesetas constituído por D. Jerónimo del Valle en favor de las expresadas personas, el cual fué pagado con intervención de los testamentarios, y cuya perfecta y efectiva seguridad éstos no procuraron, condenándoles á que prestasen esa garantía en el momento en que fuese conocida la insolvencia de Doña María de los Angeles, imponiéndoles todas las costas y gastos del juicio:

Resultando que en el escrito de dúplica, único traslado que evacuó, sostuvo Doña María Laraviedra: que al verificarse el pago del legado no se hizo en la forma dispuesta por el testador; que no asistió á dicho acto ni consintió las estipulaciones de la escritura la segunda legataria ó usufructuaria Doña Rosario Angulo ni sus hijos, legatarios en propiedad, por lo cual consideraba nulo el acto en que se verificó el pago, pidiendo se declarase: primero, la necesidad del pago á Doña María Laraviedra del legado de 100.000 pesetas; segundo, que debía constituirse dicho legado por el heredero de D. Jerónimo del Valle en los términos de su testamento; y tercero, que la misma señora adeudaba á los herederos de dicho Valle las 100.000 que indebidamente se la entregaron:

Resultando que recibido el juicio á prueba, el Registrador de la propiedad certificó que la escritura de 23 de Febrero de 1880 tan sólo fué presentada en el Registro dos veces, la una en 23 de Marzo de 1882 por D. Antonio Lara, como mandatario verbal de D. Domingo Ortiz de Santa Coloma, y D. Paulino Angulo Mendía, testamentarios de D. Jerónimo del Valle, y la otra en 11 de Mayo del expresado año 1882 por D. Joaquín Palacio, como mandatario verbal de los citados testamentarios, sin que nin-

guno de los presentantes acreditasen su personalidad, habiéndose inscrito la escritura en 19 de Junio siguiente, hallándose con anterioridad inscritas varias hipotecas en cantidad de unas 111.000 pesetas:

Resultando que dictada sentencia por el Juez de primera instancia, interpusieron de ella apelación los testamentarios de D. Jerónimo del Valle y Doña María de los Angeles Laraviedra, y ocurrido durante la segunda instancia en 29 de Noviembre de 1884 el fallecimiento de la misma su hija Doña María del Rosario Angulo, casada con D. Julián Campo y Yagüe, hizo constar ante el Juzgado la renuncia que hacía de la herencia que pudiera corresponderla como heredera de su difunta madre:

Resultando que citado D. Julián Campo Yagüe, como marido de Doña Rosario Angulo, haciéndole saber el estado de los autos para que compareciera á usar de su derecho; como no lo verificara, se tuvo por acusada la rebeldía y por renunciado su derecho; y en 3 de Julio de 1885 dictó sentencia la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, condenando á Doña María de los Angeles Laraviedra, y por su fallecimiento á sus herederos, á asegurar, en el término de nueve días, el pago del legado de 100.000 pesetas que tenía recibidas, cancelando al efecto las hipotecas posteriores con que gravó la mitad de la casa, que respondía á dicho pago en la escritura de 23 de Febrero de 1880, y cuando esto no fuera posible, á garantirlo por medio de otra primera hipoteca sobre bienes inmuebles, ó á entregar á los testamentarios Angulo y Ortiz el importe del expresado legado para que lo colocasen en la forma ordenada por el testador en la cláusula 9.ª de su testamento; absolviendo á Doña Irene Montiel de la demanda contra ella deducida por los citados testamentarios, sin hacer expresa condenación de costas; y en atención á que podían ser justiciables los hechos de haberse otorgado por D. Julián Campo Yagüe, como apoderado de Doña María de los Angeles Laraviedra, cuatro escrituras hipotecarias sobre la mitad proindivisa de la casa de la propiedad de la misma Doña María de los Angeles, sita en esta corte, calle de Postas, números 15, 17 y 19, sin haberse hecho expresión en ninguna de dichas escrituras del gravamen que sobre la indicada parte de finca existía en la primera escritura de 23 de Febrero de 1880, se sacase el oportuno testimonio para proceder criminalmente á la averiguación de aquellos hechos; é interpuesto por los testamentarios recurso de casación, este Supremo Tribunal declaró no haber lugar á él en 14 de Junio de 1886:

Resultando que el Procurador D. Angel Calvo, á nombre de Doña María del Rosario Angulo y Laraviedra, asistida de su esposo D. Julián Campo y Yagüe, y de éste en concepto de representante de sus cinco hijos menores, se solicitó en escrito de 3 de Noviembre de 1887 que se despachara mandamiento de ejecución contra los bienes que constituían la herencia del finado D. Jerónimo del Valle; y en atención á ser ignorado el paradero de Doña Irene Montiel, se mandara proceder al embargo de dichos bienes por el orden que determinaba el art. 1447 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cantidad suficiente á cubrir el legado de 100.000 pesetas hecho por D. Jerónimo del Valle á Doña María de los Angeles Laraviedra, y con ellas comprar, á nombre de los hijos menores de D. Julián Campo y Yagüe, acciones del Banco de España ó casas en Madrid, para asegurar la propiedad, y que de este modo percibiera la renta de usufructuaria, cumpliendo así la voluntad del testador, con más los frutos y rentas que había debido producir esa cantidad desde el 29 de Noviembre de 1884 en que por fallecimiento de la primera usufructuaria debió percibir Doña María del Rosario, ó en su defecto el interés legal de 6 por 100 desde aquella fecha:

Resultando que declarado no haber lugar á despachar mandamiento de ejecución, y confirmada esta resolución por la Audiencia, el Procurador D. Angel Calvo, en la indicada representación, dedujo en 8 de Noviembre

de 1888 la demanda objeto de estos autos, en la que consignando los hechos que quedan referidos y deduciendo de ellos como fundamentos de derecho que el legado de 100.000 pesetas era perfectamente válido, estando obligados á su cumplimiento los testamentarios mientras ejercitaron su cargo y tuvieron en su poder los bienes de la herencia, pues para ello les facultó el testador; que del mismo modo era ineludible esa obligación para el heredero, pudiendo dirigirse contra él la demanda, toda vez que se terminó la testamentaría y entró en posesión de los bienes de la herencia; que el caudal hereditario del cual se hallaba en posición de heredero, habiéndose inscrito á su nombre los bienes inmuebles, respondía muy especialmente del pago de los legados, y en seguridad de éstos y contra aquél establecía la ley Hipotecaria anotación preventiva, á la par que las leyes reconocían en los legatarios de géneros acción personal ó hipotecaria para reclamar sus mandas; que, sin embargo, se dirigía también la demanda conjuntamente contra los testamentarios, porque además del encargo que recibieron del testador para que por sí compraran con las 100.000 pesetas legadas acciones del Banco de España ó casas en Madrid, á su misma instancia se le reservó la intervención en el pago de los legados por el Juzgado en donde radicaba la testamentaría; que correlativo á esta obligación del heredero y de los testamentarios era el derecho que asistía á Doña Rosario Angulo y á sus menores hijos, como legatarios, para demandar la primera el usufructo y los segundos la propiedad de las 100.000 pesetas que les fueron legadas; pues siendo principio legal que la voluntad del testador era la única ley que había de respetarse mientras no se opusiera á las prescripciones de la moral y del derecho, de donde se seguía que dispuesto por el testador que con las 100.000 pesetas legadas á los hijos de Doña Rosario se compraran acciones del Banco de España ó casas en Madrid, para que percibiendo la madre el usufructo tuvieran los hijos asegurada la propiedad del legado, sólo con la inversión de la expresada cantidad á nombre de los menores, en cualquiera de esas dos especies podría considerarse cumplida la voluntad del testador, debiendo haberse entregado el legado en dicha forma en el momento en que fué entregada la herencia al heredero, desde cuyo día debía éste los frutos del legado; y ejercitando la acción personal é hipotecaria que correspondía á los legatarios, pidió se tuviera por formulada la demanda contra los menores D. José Luis, Doña Concepción, Doña Luz y D. Francisco Alberto Palacio y Montiel, hijos y herederos de D. Francisco Palacio y Valle, y en su nombre contra su madre y representante legal Doña Irene Montiel, y contra los testamentarios de D. Jerónimo, D. Paulino Angulo y D. Domingo Ortiz de Santa Coloma, condenando en su día á los demandados, como obligados *in solidum,* á que en el término de diez días cumplieran el testamento de D. Jerónimo del Valle, invirtiendo en acciones del Banco de España ó en casas en Madrid, á nombre de los legatarios propietarios, las 100.000 pesetas á ellos legadas, para que Doña Rosario percibiera las rentas, pagasen asimismo á la demandante usufructuaria los frutos ó rentas que habían debido producir esa cantidad desde el 29 de Noviembre de 1884, en que por fallecimiento de la primera usufructuaria debió percibirlos Doña María del Rosario, ó en su defecto el interés legal de 6 por 100 desde aquella fecha, los que debían producir hasta el cumplimiento de la voluntad del testador, costas y gastos del juicio:

Resultando que contestando á la demanda los testamentarios de D. Jerónimo del Valle, D. Paulino Angulo y D. Domingo Ortíz de Santa Coloma hicieron mérito extensamente de todos los hechos que se han referido, deduciendo de ellos como fundamentos legales: que en el encabezamiento de la demanda se había hecho aparecer el nombre de Doña María del Rosario Angulo, siendo así que, con arreglo á la ley de Matrimonio civil, el marido

era quien llevaba en juicio la representación de su esposa, como llevaba la de sus hijos menores, no bastando aquella estratagema intencionada y dirigida á ladear la responsabilidad de Campo Yagüe para subvertir las concesiones legales en que estaba basada la familia; que Campo Yagüe asumía y compendiaba la representación íntima de la parte actora, la cual carecía de acción para pedir á los testamentarios de D. Jerónimo del Valle el pago del legado que solicitaba, pues aunque los albaceas mientras ejercían su cargo y tenían á su disposición los bienes del difunto estaban obligados á cumplir su voluntad, tal obligación desaparecía desde el momento en que se provocaba el juicio de testamentaría y se llevaba á efecto la ocupación de los bienes; que el obligado al pago de las deudas y legados desde el momento en que el Juzgado ocupó el caudal, era el heredero D. Jerónimo del Valle, que aun en el supuesto de que les alcanzase alguna culpa en el modo de efectuar el pago del legado, nunca serían culpables por esta causa, porque procuraron que su importe quedase colocado sobre una casa en Madrid, según la voluntad del testador; de modo que á no haber sobrevenido los actos posteriores de D. Julián Campo Yagüe, tendrían su esposa é hijos bien seguras las 100.000 pesetas del legado, siendo la causa del perjuicio el hecho de que la copia de la escritura quedó en poder de Doña Irene Montiel, y que sólo por negligencia suya y de D. Julián Campo, principal interesado en hacer constar en el Registro de la propiedad el derecho real constituído, dejó de inscribirse la hipoteca oportunamente; que aun suponiendo que los testamentarios estuvieran obligados á gestionar la inscripción por más que la copia del instrumento hubiese quedado en poder de Doña Irene Montiel para que ella lo ejecutara, todavía en esta hipótesis no serían ellos únicamente los culpables, ni los más culpables, que en ningún caso se les podría exigir otra responsabilidad que la de daños y perjuicios nacidos directa é indirectamente de la culpa en que hubiesen incurrido; pero como no era ésta la acción que se ejercitaba ni lo que se pedía en la demanda, tampoco bajo este concepto podrían ser condenados, porque se infringiría el principio de derecho, según el cual la sentencia ha de ser congruente con la demanda; que no se concebía que pudiera existir solidaridad de los testamentarios y herederos, pues si la testamentaría acabó, la acción correspondería ejercitarla contra éstos; pero desde el momento en que se dirigía contra los testamentarios, no podía negárseles personalidad para deducir, como lo hacían, reconvención contra D. Julián Campo y Yagüe, á fin de que se le declarase obligado á devolver las 100.000 pesetas, que pasaron á su poder tan luego como las recibió su madre política de mano de Doña Irene Montiel, así como el interés legal de dicha suma desde el fallecimiento de aquélla; todo lo cual se debería compensar con el importe á que ascendiera la responsabilidad pretendida de los testamentarios; terminando, en su virtud, con la pretensión de que se les absolviera de la demanda, con imposición de perpetuo silencio y las costas á los demandantes, ó en otro caso, se condenase, mediante la reconvención, á D. Julián Campo y Yagüe por sí y como representante legal, no sólo de sus hijos, si no de su mujer, á satisfacer 100.000 pesetas del legado, con los intereses legales desde el fallecimiento de Doña María de los Angeles Laraviedra, y á compensar el equivalente de esta condena con la cantidad que á los testamentarios se exigiese al considerarlos partícipes en las responsabilidades de la demanda:

Resultando que contestando la Doña Irene Montiel, por sí y como representante legal de sus hijos menores, expuso: que la acción que entablaron los demandantes se derivaba del testamento de D. Jerónimo del Valle, y por ello no la tenían contra el heredero, porque aquél no le mandaba que invirtiese el importe del legado en acciones del Banco de España ni en casas de Madrid, sino que se lo encargaba á los testamentarios, no te-

niendo el heredero más deber que el de soportar de la herencia la desmembración de las 100.000 pesetas; que esa obligación de separarlas quedó perfectamente satisfecha, porque se entregaron, según resultaba de la escritura de 23 de Febrero de 1880, quedando, por lo tanto, pagada la deuda á satisfacción de la primera usufructuaria, que dió carta de pago, y del representante de la segunda usufructuaria y de los legatarios de la propiedad, que concurrió á preparar el otorgamiento de aquella escritura y después al acto de ella, aprobándola con su aquiescencia y percibiendo para mayor satisfacción las 100.000 pesetas, quedando, por tanto, la paga hecha y la obligación extinguida; que si á este acto faltó alguna formalidad que no estaba llamado á llenar el heredero, debían imputárselo, en primer término, los demandantes, porque ellos mismos, por medio de su legítima representación, aceptaron el hecho y la forma del pago, pues su representante legal, si vió que estaba mal ejecutado, pudo evitarlo, y no evitándolo lo consintió y fué partícipe en ello; que Campo, con pleno conocimiento del legado, de los antecedentes, de la manera y de los fines del pago, y conocedor también de que para asegurar el segundo usufructo y la propiedad del legado constituía su madre política hipoteca sobre la propiedad de la casa de la calle de Postas, no cuidó de perfeccionarla con la oportuna inscripción, y antes bien destruyó la garantía imponiendo sobre la finca los gravámenes que la consumieron, y sería una enormidad y repugnaría á la moral, que habiendo recibido Campo las 100.000 pesetas del legado, conociendo su origen y su destino, habiéndolas ocultado y dilapidado, y recibido después los muchos miles de pesetas que levantó sobre la casa hipotecada, percibiera otra vez aquella cantidad; que aunque se prescindiera de los actos de Campo, siendo Doña María de los Angeles la primera obligada, su obligación había recaído sobre su hija Doña Rosario Angulo, á quien llamaba á su herencia, y por tanto á sus obligaciones; que por la promoción del juicio de testamentaría no resultaba responsabilidad ninguna contra el heredero, porque los testamentarios no podían dejar el cumplimiento de lo que estaba á su cargo al cuidado de nadie, y porque el auto aprobando la transacción consideró que no era posible dar por terminada la misión de los testamentarios, y les reservó, por consiguiente, la intervención necesaria y suficiente para que pusieran su diligencia en el cuidado de que el pago de los legados fuese acomodado á la voluntad del testador que los había nombrado, siendo su intervención la salvaguardia de los derechos de los legatarios; que en el pleito anterior se discutió y quedó resuelto que la obligación relativa al legado quedó á cargo de los testamentarios, y en dicho pleito fué parte Doña María de los Angeles Laraviedra, y se citó á D. Julián Campo en la misma representación con que hoy litigaba, teniendo, por tanto, respecto á ello, la sentencia fuerza de cosa juzgada, pidiendo por todo ello que se le absolviese de la demanda, declarando que, en representación de sus hijos menores y herederos de D. Francisco Palacio, quien lo fué de D. Jerónimo del Valle, cumplió todas las obligaciones que por el testamento de dicho D. Jerónimo estaban á su cargo respecto del legado objeto de la demanda, entregando las 100.000 pesetas con intervención de los testamentarios encargados de darlas el destino dispuesto por el testador y de cumplir su voluntad:

Resultando que los demandantes replicaron, insistiendo en su demanda, alegando: que Doña Rosario de Angulo había renunciado el concepto de heredera de su madre Doña María de los Angeles, y no podía, por tanto, ser legalmente compelida á cumplir sus compromisos; que las obligaciones, no sólo nacen de las leyes y contratos, sino también de los actos en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia, la cual no podía menos de reconocerse en este caso contrariando los testamentarios y el heredero lo dispuesto en cuanto al legado de los demandantes, dando lu-

gar á que, con la considerable variación del precio de las acciones del Banco que entonces debieron comprar, se disminuiría hoy el número de éstas que hubieran de comprarse con las 100.000 pesetas, viniendo por ello obligados á comprar aquéllas al antiguo precio, ó sea suplir con caudal propio el necesario para aquel número de acciones; y que la obligación de reparar el daño era del que por acción ú omisión, interviniendo culpa ó negligencia le causaba, en cuyo caso se hallaban el heredero y testamentarios de D. Jerónimo:

Resultando que evacuado por los demandados el traslado de dúplica y practicadas las pruebas que las partes propusieron, sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 17 de Diciembre de 1890, que no fué conforme con la del Juez de primera instancia, absolviendo de la demanda á los demandados, y de la reconvención en cuanto fuera necesario á los demandantes, reservando á las partes los derechos que puedan asistirlas y no hayan sido objeto del litigio, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Julián Campo Yagüe, como representante legal de su esposa é hijos, ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La ley 2.ª, tít. 10, Partida 6.ª, que confiere á los testamentarios la facultad de entregar los legados hechos en testamento ó codicilo en la manera que los facedores de los testamentos lo ordenan, estableciendo la obligación inexcusable que tienen los albaceas de atenerse en los pagos de los legados y en la manera de pagarlos á la voluntad del testador, verdadero legislador respecto de las cosas que le pertenecen, en cuanto sus disposiciones no se opongan á las leyes de la moral ni á las positivas del país en que testa; principio universalmente reconocido y proclamado en multitud de sentencias de este Supremo Tribunal, entre ellas la de 3 de Junio de 1871, que declara nulos los actos de los albaceas ó testamentarios que no se ajusten á lo dispuesto por los testadores, toda vez que la sentencia había absuelto á los albaceas de D. Jerónimo del Valle de una demanda que tenía por único objeto obligarles, y al heredero, á pagar á los recurrentes el legado que el testador le hizo, y en el modo y forma ordenados en la cláusula 9.ª de su testamento:

Y 2.º La ley 37, tít. 9.º, Partida 6.ª, según la cual, el heredero debe entregar al legatario la cosa legada con todo lo que le pertenecía y el incremento que hubiera tenido desde que se hizo el legado hasta su entrega, y al cual, por tanto, era aplicable lo alegado en el motivo anterior respecto á los albaceas, puesto que la sentencia absolvía al heredero de la obligación de pagar el legado en el modo y forma ordenado por el testador.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la sentencia no infringe la ley y doctrina alegadas en el motivo 1.º del recurso, ya porque con arreglo á la letra de la cláusula 9.ª del testamento de D. Jerónimo del Valle estaban facultados sus testamentarios para colocar las 100.000 pesetas en la compra de acciones del Banco de España ó de otro establecimiento que le reemplazase, ó en casas de esta corte, lo cual en la acepción jurídica y en el lenguaje usual y corriente, tanto quiere decir como que habrían de imponerse en un predio urbano de Madrid, y no determinadamente que hubiera de adquirirse su dominio, ya porque la realidad de la entrega de aquella suma á Doña María de los Angeles Laraviedra en el concepto de pago del legado que en usufructo se había hecho á la misma y á su hija, y en propiedad á sus nietos, está acreditada, según consigna la Sala sentenciadora por la escritura de 23 de Febrero de 1880, que no ha sido impugnada en la forma debida por el demandante, hoy recurrente, y se halla reconocida además por la

sentencia firme de 3 de Julio de 1885, como demuestran, no sólo su parte dispositiva y sus fundamentos, sino los de la decisión dictada por esta Sala en 14 de Junio de 1886, que, al desestimar el recurso de casación interpuesto contra dicho fallo, declaró que no se habían infringido las leyes, entre otras, la 37, tít. 9.º, Partida 6.ª, citada en aquel recurso y en el actual, que se refieren á la obligación que tiene el heredero de entregar las mandas, ni tampoco en la ley 1.ª, tít. 14, Partida 5.ª, que define la paga, y que se invocó en el motivo 6.º:

Considerando que, á mayor abundamiento, la sentencia se limita á resolver la única cuestión litigiosa planteada en la demanda ó en la contestación, ó sea la de falta de pago del legado, reservando á las partes su derecho para promover cualquiera otra, incluso la de indemnización de los daños y perjuicios causados por negligencia ó culpa, bien de Doña María de los Angeles Laraviedra, bien de los testamentarios, bien del mismo D. Julián Campo y Yagüe, respecto del cual ya se acordó en la sentencia de 3 de Julio de 1885, que se procediese á la averiguación de si ciertos hechos eran ó no constitutivos de delito:

Considerando que es improcedente el motivo 2.º, porque Doña Irene Montiel, en la representación en que ha litigado, fué absuelta de la demanda por la sentencia de primera instancia, resolución que quedó firme por no haberse alzado de ella el demandante, ni haberse adherido á la apelación que los testamentarios interpusieron:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Julián Campo Yagüe, como representante legal de su esposa é hijos, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 18 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Julio del mismo año.)

152

RECURSO DE CASACIÓN (18 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Testamentaría.*—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel González en autos con Doña Ana Bell y otros (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que el art. 156 de la ley de Enjuiciamiento civil se limita á permitir la acumulación en el caso de tener una persona varias acciones contra otra, y en el de tenerlas varias contra una sola, fijando al par la clase de acciones que en ambos casos pueden acumularse, sin determinar los efectos de la acumulación, reducidos, cual lo previene el art. 159, á que todas las acciones acumuladas oportunamente se sustancien en un mismo juicio y se decidan por una sola sentencia:

Que, por tanto, no se infringe el mencionado art. 156 por negarse á una persona el pretendido derecho á sostener una acción que un tercero ha ejercitado y muy luego abandonado desistiendo de mantenerla:

Que abandonada por quien la formuló la oposición á las operaciones divisorias de una testamentaría, siendo aquélla la única formalizada en tiempo hábil y no pudiendo legalmente mantenerla un tercero, procede aprobar las operaciones sin necesidad de celebrar la junta convocada para tratar de dicha oposición:

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el art. 1081 en relación con el 1079 y el 1086 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que no habiéndose formalizado pleito sobre los agravios que puedan contener las particiones, carece de aplicación la doctrina de que toda cuenta y partición en que por error manifiesto se causa agravio debe subsanarse y re-

pararse, y la de que aprobadas judicialmente las operaciones judiciales y mandadas protocolizar, no son susceptibles de agravios.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Mayo de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Este, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta capital por Doña Ana Bell del Castillo, sin profesión, de esta vecindad; D. Manuel Gónzalez y Domínguez, asimismo vecino de esta corte, cuya profesión tampoco consta; D. Julián Muñoz y Miguel, como curador *ad litem* de los menores Don Francisco y Doña María Plazaola y Bell; D. Jósé Brun y Nieto, D. Alejo Pulgar é Isla, D. Francisco Rodríguez Arango, D. Protasio Rico y Bermejo, D. Vicente Castellanos y Sánchez, Doña Juliana Muñoz y Vega y D. Francisco Pedraza y Silva, sobre testamentaría de D. José Plazaola y Limonta, hoy aprobación de las operaciones de liquidación y aprobación del caudal relicto al fallecimiento de aquél; autos pendientes ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Don Manuel Gónzalez y Domínguez, y en su nombre el Procurador D. Manuel Aguilar, siendo su Letrado defensor D. Cristóbal González Martos; representando y defendiendo á Doña Ana Bell y Castillo el Procurador D. Manuel González Aguado y el Licenciado D. Francisco Javier Gil y Becerril, sin haber comparecido en este Tribunal Supremo las otras partes:

Resultando que D. José Plazaola y Limonta falleció en esta corte el 9 de Octubre de 1888, bajo testamento de mancomún con su esposa Doña Ana Bell, que tenía otorgado desde 7 de Julio de 1867, habiéndose, en auto del Juzgado del distrito del Este de fecha 4 de Enero de 1889, dictado á solicitud de D. Alejo Pulgar é Isla, acreedor del D. José Plazaola, por prevenido el juicio de testamentaría del mismo, en el que se procedió á practicar el inventario correspondiente, compareciendo en dicho juicio, además del mencionado acreedor, también en tal concepto, D. José Brun y Nieto, D. Manuel González y Domínguez, D. Francisco Rodríguez Arango, D. Protasio Rico y Bermejo, D. Vicente Castellanos y Sánchez, Doña Juliana Muñoz y Vega y D. Francisco Pedraza y Silva, así como igualmente comparecieron la viuda Doña Ana Bell y el curador *ad litem* de los menores, hijos de Plazaola y la Doña Ana, D. Francisco y Doña María Plazaola y Bell:

Resultando que nombrada la referida viuda en junta que al efecto se convocó, teniendo lugar el 29 del ya mencionado mes de Enero, con asistencia únicamente de su Procurador y de su Letrado, administradora judicial de los bienes relictos; y contador partidor el también Letrado D. José Martínez Agulló, se ordenó después que la primera prestara en garantía del desempeño de su cargo fianza por cantidad de 5.000 pesetas en metálico, lo que verificó en su lugar D. Julián Duro y Benito:

Resultando que realizado el inventario de bienes, dando un total importe de 21.285 pesetas 34 céntimos, con inclusión de 9.602 pesetas 4 céntimos depositadas en la Caja general como producto de los alquileres de dos casas que habían sido embargadas y vendidas al D. José Plazaola en autos ejecutivos contra él, seguidos por D. Alejo Pulgar é Isla, importando las deudas del mismo caudal 79.010 pesetas 95 céntimos, presentó el contador Martínez Agulló, con escrito de 10 de Diciembre del ya citado año 1889, las operaciones de liquidación y adjudicación, según las cuales, entre los demás extremos que comprenden, correspondía abonar á la viuda Doña Ana Bell, por sus aportaciones al matrimonio de que no había sido reintegrada, la suma de 125.738 pesetas 31 céntimos, superior con mucho exceso á la á que ascendía el activo del caudal inventariado, el que, en su consecuencia, adjudicó á aquélla sin entrar por ello mediante ser innecesario en la graduación de los créditos que constaban en el inventario del

pasivo; haciéndose constar en el último supuesto de dichas operaciones, que reducidas á la liquidación de la sociedad conyugal habida entre Don José Plazaola y Doña Ana Bell, disuelta por la muerte del primero, y mediante ser la segunda la que recogía el activo inventariado, la misma había de abonar los gastos comunes y ordinarios de la testamentaría, sin que pudieran exceder de lo que recibiese la Doña Ana, viniendo los demás á cargo de las partes que respectivamente los hubieren causado:

Resultando que por providencia de 13 de Diciembre de mismo año 1889, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1079 de la ley de Enjuiciamiento civil, se mandaron poner de manifiesto las mencionadas operaciones por término de ocho días, que espiraron en 24 de dicho mes, dentro de cuyo término se opuso á ellas D. Francisco Rodríguez Arango, y aunque por parte de D. Manuel González y Domínguez se presentó en 27 del mencionado mes escrito fecha 23, interesando se le entregasen los autos para examinar aquéllas, el Juzgado, en providencia del 82,declaró no haber lugar á esta solicitud por ser extemporánea la oposición en ella formulada:

Resultando que el D. Francisco Rodríguez Arango formalizó su oposición á las antedichas operaciones en 15 de Enero siguiente, alegando haberle llamado la atención el estarse adeudando á Doña Ana Bell la suma de 125.738 pesetas 31 céntimos por sus aportaciones matrimoniales; pues Plazaola, á quien todo el mundo reputaba como formal y digno de crédito, había dicho á diferentes personas tener restituída la totalidad de ellas; pero aun cuando Rodríguez había tratado de indagar lo que hubiera de cierto sobre el particular, sólo había podido adquirir datos vagos é indeterminados, por cuyo motivo no podía oponerse á que la Doña Ana Bell se llevase el remanente del haber relicto, si existía, y por lo tanto no estribaba en este punto su oposición á las operaciones, sino en el último de los supuestos de ellas, redactado de una manera tan vaga que daba lugar á dudas, con relación al pago de costas judiciales de la testamentaría; y que debían desaparecer tales dudas y redactarse aquel supuesto en la forma que propuso esta parte, convocando á junta á todos los interesados con el contador, para que oídas las explicaciones oportunas, se tomara, si era posible, un acuerdo, ó se acreditase la disconformidad para los efectos correspondientes:

Resultando que convocada la junta para la cual se señaló el 24 de aquel mes de Enero, el mismo día antes de verificarse acudió al Juzgado Rodríguez Arango, pidiendo se le tuviera por desistido de la impugnación deducida, aprobándose las operaciones, á menos que algún otro interesado se hubiera opuesto en tiempo á ellas; desistimiento en que, con suspensión de la junta, se ordenó el propio día la ratificación que Rodríguez Arango, para lo cual se señaló el 27 del repetido mes de Enero en que tuvo lugar, habiéndosele por desistido, con las costas, en auto del 29:

Resultando que también el día designado para la celebración de la expresada junta, acudió D. Manuel González y Domínguez, exponiendo: que para que el Juzgado, dentro de la ley, pudiera impedir el abuso que se intentaba llevar á cabo, desistiendo, de acuerdo con Doña Ana Bell, de la oposición formulada, debía hacer presente que puestas de manifiesto las operaciones testamentarias, en las cuales existían evidentes perjuicios á los acreedores legítimos de Plazaola, formalizó uno la oportuna oposición y los demás por ello, encontrando asegurados los derechos que les concedían los artículos 1086 y demás aplicables de la ley de Enjuiciamiento civil, evitaron actuaciones inútiles, no repitiendo la oposición; y que sin embargo de esto, teniendo noticias González de hallarse de acuerdo Don Francisco Rodríguez con Doña Ana Bell, formalizó también en tiempo su oposición, como constaba de su escrito de 23 de Diciembre; pero siendo

este día y los sucesivos, aunque oficialmente hábiles, tenidos como festivos por costumbre, apareció presentado el aludido escrito con una fecha posterior, y sin discutir esto, sin inculpar á nadie; el hecho era haberse desestimado aquélla en providencia del 28 del citado mes, como formulada fuera de tiempo, pero teniendo, como las demás partes, asegurados sus derechos por haberla deducido una de ellas, no volvía sobre el particular, dado que podía intervenir y exponer cuanto fuese justo sobre dichas particiones; y lo que no podía consentir, llamando sobre ello especialmente la atención del Juzgado, era el intento de Rodríguez, de acuerdo con la Doña Ana Bell, de que se aprobase, por su desestimiento, una partición en la cual se les lesionaban derechos de los acreedores; y suplicó para impedirlo, se acordase nuevamente la celebración de la junta suspendida, pues por su resultado habría necesidad de proceder según determinan los artículos 1088 y siguientes de la citada ley, aunque los traslados empezasen á concederse por el orden prevenido en el mismo artículo; impidiéndose así el que se coartara la defensa de los demás acreedores perjudicados, que tenían un perfectísimo derecho á continuar la oposición formulada en tiempo por parte legítima, á cuyo escrito recayó providencia del siguiente día 25 declarando no haber lugar á lo en él pretendido, mediante no proponerse ningún recurso contra la dictada el 24:

Resultando que con motivo de la enunciada providencia de 25 de Enero de 1890, dictada al escrito de González que se acaba de mencionar, formuló otro en 28 del propio mes, manifestando que, como su principal objeto en el anterior era llamar la atención del Juzgado, para las resoluciones posteriores, suplicaba se sirviese tener en cuenta para las sucesivas procedentes, las razones de aquél; y mandado en 30 unir este último escrito á los autos, á los efectos que procedieran, por no hacerse pretensión concreta, volvió el tan repetido González á producir otro de 31 de aquel mes de Enero expresando hallarse dispuesto á continuar la oposición hecha en tiempo á las operaciones divisorias de que se había desistido; entendiendo poder subrrogarse en el derecho de la parte que la había formulado, con arreglo al contexto del art. 1084 de la ley de Enjuiciamiento civil, proveyendo nuevamente el Juzgado, el 3 de Febrero en los mismos términos en que lo había verificado el 30 de Enero precedente; y de esta última resolución solicitó reforma aquél, fundándose en que de no accederse á su solicitud, resultaria la consecuencia precisa de tenerse que aprobar la partición, viéndose González burlado en los derechos que le concedían los artículos 361, 1083 y 1086 de la ley, los cuales citaba en concepto de infringidos, é impugnada la reforma por parte de Doña Ana Bell, se denegó en auto de 20 del mencionado mes de Febrero, del que y de la providencia del 3 apeló la de González, admitiéndose la alzada en un efecto, y expidiéndose el correspondiente testimonio para sustanciarla:

Resultando que expedido dicho testimonio, el Juzgado, mediante el desistimiento de Rodríguez Arango en su oposición, aprobó por auto de 11 de Marzo del año último, cuanto había lugar en derecho y sin perjuicio, las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación de los bienes relictos al óbito de D. José Plazaola y Limonta, mandando se protocolizasen en los Registros del Notario D. Romualdo Urdisaú, por quien se expedirían á los interesados los testimonios correspondientes, y que luego fuese firme aquel auto, se dirigieran atentos oficios al Director general de la Deuda pública para que dispusiera la entrega al actuario, á fin de que éste la hiciese, á su vez, á los respectivos partícipes, de las 5.000 pesetas de fianza depositadas en la Caja general por D. Julián Duro y Benito, y las 9.602,4 céntimos que también resultaban depositados en dicha Caja con los intereses devengados, procedentes de autos ejecutivos seguidos por D. José Brún contra el referido finado Plazaola; dando ocasión este

auto á que D. Manuel González y Domínguez dedujese, respecto de él, nuevo recurso de reforma, fundado en que hallándose pendiente la apelación por su parte interpuesta de que ya queda hecho mérito, aquel auto negaba todos los medios de defensa de los derechos de los acreedores perjudicados, é infringía los artículos 1086 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, á cuya reforma, así como también á la pretendida del mismo auto por D. Alejo Pulgar, que nada había expuesto antes acerca de las operaciones de liquidación y adjudicación, impugnando ambos recursos Doña Ana Bell, se declaró no haber lugar, con las costas, en 2 de Abril siguiente:

Resultando que en su victud interpusieron apelaciones de los dos enunciados autos, fechas 11 de Marzo y 2 de Abril de 1890, los precitados D. Manuel González y Domínguez y D. Alejo Pulgar, siendo admitidas libremente y elevándose para su sustanciación los de testamentaría originales á la Audiencia de esta corte, ante cuya Sala primera de lo civil se tramitaron con acumulación de lo anteriormente pendiente en un efecto; y resolvieron todas, en auto de 24 de Noviembre próximo pasado, confirmatorio con las costas á los apelantes en la proporción que en él se detalla, las resoluciones apeladas, ó sea la providencia de 3 de Febrero y los autos de 20 del propio mes, 11 de Marzo y 2 de Abril siguientes:

Resultando que D. Manuel González y Domínguez ha intérpuesto recurso de casación, citando como infringidos:

1.º El art. 156 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque teniendo perfecto derecho á utilizar una parte en todo juicio y más en uno universal como el presente, lo hecho por las demás, se ha negado al D. Manuel González el derecho á continuar la oposición formulada en tiempo oportuno, por otra parte, que ejercitaba las mismas acciones, naciendo de la misma causa de pedir:

2.º El art. 1083 de la expresada ley que previene la aprobación de las operaciones, si en el término fijado en el 1079 las partes no hicieren oposición, ó manifestaren su conformidad, toda vez que en este caso, no sólo se hizo la oposición en tiempo por una parte legítima, sino que por otra, igualmente legítima, se ha expresado en autos que está dispuesta á continuar los trámites de oposición; y esto, lejos de ser la manifestación de conformidad que la ley exige, es, por el contrario, el deseo de usar el derecho que la ley concede, no sólo á un interesado, sino colectivamente á todos:

3.º El art. 1086 de la propia ley de Enjuiciamiento civil, pues el derecho que en virtud de lo que ordena asiste al recurrente, ha sido coartado por el auto de aprobación de las operaciones particionales:

Y 4.º La doctrina legal consignada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1862 y 28 de Mayo de 1864; en la primera de las cuales se consigna que toda cuenta y partición en que por error manifiesto y evidente se causa agravio, debe subsanarse y repararse, para que cada interesado perciba lo que legítimamente le corresponda; y en la segunda se determina que aprobadas las operaciones judicialmente y mandadas protocolizar, no son susceptibles de agravios que han podido exponerse y probarse á su tiempo, de modo que consentir el auto de aprobación de las operaciones testamentarias de Plazaola, resultaría lo mismo que renunciar el recurrente el derecho de defender sus intereses lesionados por la viuda, de acuerdo con un acreedor.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que el art. 156 de la ley de Enjuiciamiento civil, invocado en primer término como fundamento del recurso, bajo el supuesto de otorgarse por el mismo á un colitigante el derecho á mantener la acción que otro hubiese abandonado después de haberla deducido, limítase á permitir la acumulación en el caso de tener una persona varias acciones

contra otra, y en el de tenerlas varias contra una sola, fijando al par la clase de acciones que en ambos casos pueden acumularse, sin determinar los efectos de la acumulación, reducidos, cual lo previene el art. 159, á que todas las acciones acumuladas oportunamente se sustancien en un mismo juicio y se decidan por una sola sentencia; y por tanto, no se ha infringido aquel precepto legal por negarse á D. Manuel González su pretendido derecho á sostener una acción que no él, sino un tercero, había ejercitado y muy luego abandonado, desistiendo de mantenerla:

Considerando que tampoco se ha infringido el art. 1081 de la propia ley, que por ser el adecuado ha debido citarse en vez del 1083, en relación con el 1079 y 1086, porque abandonada por Rodríguez Arango su oposición á las operaciones divisorias de la testamentaría de D. José Plazaola, siendo ella la única formalizada en tiempo hábil, y no pudiendo legalmente mantenerla el recurrente, debieron aprobarse, como se aprobaron, sin necesidad de celebrar la junta convocada para tratar de dicha oposición:

Considerando que no habiéndose formalizado pleito sobre los agravios que puedan contener las particiones, carecen de aplicación las doctrinas establecidas en las sentencias de 12 de Junio de 1862 y 28 de Mayo de 64, y no han podido infringirse:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel González y Domínguez, á quien condenamos al pago de las costas, y por razón de depósito, si viniere á mejor fortuna, al de la cantidad de 1.000 pesetas, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 18 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de de 5 de Agosto del mismo año.)

153

Competencia (20 de Mayo de 1891).—Sala tercera.—*Acumulación de autos.*—Se decide que procede la acumulación al juicio de testamentaría de Doña Josefa Sainz, de que conoce el Juez de primera instancia del distrito de San Juan, de Murcia, de los autos de interdicto de adquirir, promovidos por Doña Mercedes Arquer y otros, pendientes en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad, de Barcelona, y se resuelve:

Que según lo que se dispone en el caso 4.º del art. 161 de la ley de Enjuiciamiento civil y en el 1003 de la misma ley, son acumulables á los juicios de testamentaría todas las demandas ordinarias que se deduzcan ó hayan deducido contra los bienes del finado:

Que atendidos la letra y espíritu de esos preceptos, procede acumular á un juicio de testamentaría los autos de interdicto de adquirir á título de heredero los bienes del finado, pues de lo contrario se dividiría la continencia de la causa y conocerían á un tiempo mismo dos Jueces distintos en cuestiones estrechamente ligadas entre sí y de origen común.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Mayo de 1891, en la competencia pendiente ante Nos por virtud de acumulación propuesta por el Juzgado de primera instancia del distrito de San Juan, de Murcia, al de igual clase de la Universidad de Barcelona, del juicio de interdicto de adquirir la posesión de los bienes pertenecientes á la herencia de Doña Josefa Sainz y Villalba, incoado en el último de dichos Juzgados por las hermanas Doña Concepción, Doña Mercedes, Doña Elena, Doña Ramona y Doña Antonia

de Arquer y Sainz, vecinas de Barcelona, y Doña Emerenciana Artola y Dupuy, vecina de Fuenterrabía, al juicio voluntario de testamentaría de la misma Doña Josefa Sainz, promovido en el de Murcia por D. Luis Romero y Sainz, Comandante de Ingenieros, vecino de Ciudad Rodrigo, que ha comparecido ante este Tribunal Supremo asistido del Letrado D. Pedro Díaz Cassou, y representado por el Procurador D. Luis Montiel:

Resultando que Doña Josefa Sainz y Villalba falleció en esta corte en 3 de Marzo de 1890 bajo testamento otorgado en Barcelona en 8 de Julio de 1884, en el que nombró albaceas y ejecutores de su última voluntad á sus hermanas Doña Matilde y Doña Pilar y á su sobrino D. Luis Romero y Sainz, á los que instituyó á su vez herederos por iguales partes, previniéndoles que si entre sus documentos encontraban alguna nota por ella firmada que hiciese referencia á este testamento, la mandaran protocolizar por el infrascrito Notario, y cumplieran exactamente las disposiciones en ella contenidas, cual si estuviesen consignadas en codicilo otorgado en forma legal:

Resultando que las hermanas Doña Concepción, Doña Mercedes, Doña Elena, Doña Ramona y Doña Antonia de Arquer y Sainz, primas de la citada testadora Doña Josefa Sainz y Villalba, comparecieron en 14 del mismo mes de Marzo, en que ésta falleció, ante un Notario de la ciudad de Barcelona, y haciendo constar lo que su finada prima había dejado dispuesto en su testamento respecto á la validez de cualquiera nota por ella firmada que se encontrase entre sus papeles, le requirieron para que protocolizase la nota ó memoria testamentaria que bajo un sobre cerrado les había entregado su citada prima, y habiendo procedido el Notario á su protocolización, hizo constar que en el sobre se deçía á la letra: «Queridas primas: conservadme este sobre cerrado; cuando nos veamos, me lo devolveréis; pero si muero antes, lo abriréis y haréis lo que en él digo.—Vuestra prima, Josefa Sainz y Villalba. Año de 1890, día 8 de Enero»; habiendo dejado dispuesto en la nota contenida en dicho sobre, después de empezar haciendo en ella relación de ese indicado testamento, que á su sobrino Luis Romero Sainz, que era uno de sus nombrados herederos, no le dejaba nada por creerlo innecesario, puesto que era rico, y únicamente, como recuerdo cariñoso, le dejaba los dos objetos que expresaba; que á la que había sido sirvienta de su casa cuarenta y cuatro años, llamada Emerenciana Artola Puig, se le dieran las 2.000 pesetas que le dejaba en su testamento; y si á su fallecimiento estaba en su compañía, entrara en la parte de todo lo suyo con sus herederos; que habiendo fallecido sus dos hermanas Doña Matilde y Doña Pilar, y conceptuando ricas á las cuatro hijas que había dejado la primera, era su voluntad excluirlas de toda participación en la herencia; y que del resto quería que fueran sus herederas sus primas carnales las señoritas de Arquer y Sáinz, junto con Emerenciana Artola, pudiendo ésta disponer sólo á su muerte de las 2.000 pesetas que le entregarían al fallecimiento de la otorgante, con otras varias disposiciones que no son del caso, entre ellas la de que era su deseo que el reparto de sus alhajas, dinero, obligaciones, ropas y demás se hiciera entre sus herederos sin intervención de nadie:

Resultando que en el mismo día 14 de Marzo las citadas hermanas Arquer formalizaron el inventario de los bienes dejados por Doña Josefa Sainz, completándolo con escritura de 2 de Abril, en la que á requerimiento de Doña Antonia Arquer hizo constar D. Marcos Martínez los diversos pagarés, escrituras de crédito y metálico que tenía en su poder procedentes de Doña Josefa Sainz, y con todos los documentos expresados dedujeron las susodichas hermanas en unión de Doña Emerenciana Artola en Barcelona, con fecha 31 de Octubre próximo pasado, demanda de interdicto de adquirir la posesión de todos los bienes pertenecientes á la

herencia de la difunta Doña Josefa Sainz de Villalba, ofreciendo al efecto la información testifical correspondiente, que fué practicada, y por cuyo resultado el Juez de primera instancia del distrito de la Universidad, á quien correspondió el conocimiento del asunto, dictó auto en 22 de Noviembre otorgando á los demandantes, sin perjuicio de tercero, la posesión pedida:

Resultando que con copia del mismo testamento de Doña Josefa Sainz, certificaciones de la defunción de ésta y de sus hermanas Doña Pilar y Doña Matilde y otros documentos, promovió en Murcia D. Luis Romero y Sainz, en 3 de Febrero último, juicio voluntario de testamentaría de la Doña Josefa en su doble carácter de heredero único y de albacea, haciendo relación de todo lo que se deja expuesto, y manifestando que se veía en la necesidad de promover este juicio para evitar el que las hermanas Arquer, escudadas en su insolvencia, consiguieran apoderarse de todos los bienes hereditarios por medio del interdicto de adquirir que habían promovido en Barcelona, y que teniendo en cuenta que los bienes pertenecientes á Doña Josefa Sainz que él conocía radicaban todos en aquella ciudad, se sometía expresamente á aquellos Juzgados, haciendo para ello uso de las facultades que le concedía el art. 56 de la ley de Enjuiciamiento civil; y por un primer otrosí solicitó que de conformidad con lo establecido en el art. 161, caso 4.º de la misma ley, una vez decretada la promoción del juicio de testamentaría se acordara la acumulación al mismo de los autos de interdicto pendientes en el Juzgado del distrito de la Universidad de Barcelona:

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito de San Juan de Murcia, á quien fué repartido el asunto, dictó auto en 6 del mismo mes, teniendo por prevenido el juicio voluntario de testamentaría de la finada Doña Josefa Sainz y Villalba, y mandando practicar judicialmente el inventario de los bienes relictos por la misma con sólo la intervención de D. Luis Romero y Sainz, como único heredero de ella; y proveyendo, por último, en cuanto al primer otrosí, que se estimaba procedente la acumulación solicitada y se dirigiera oficio al Juez de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona reclamándole los autos de interdicto de adquirir referidos para acumularlo al juicio de testamentaría:

Resultando que recibido en el Juzgado de la Universidad de Barcelona el oficio y testimonio correspondientes, se dió vista á las hermanas Arquer y Sainz y á Doña Emerenciana Artola que impugnaran la acumulación presentada, alegando que la acción entablada en los autos de interdicto no constituía materia acumulable, ni se encontraba por tanto, comprendida dentro de la causa 4.ª de acumulación, establecida en el art. 161 de la ley de Enjuiciamiento civil, bastando para convencerse de ello fijarse en el 1003 de la misma ley, que dice textualmente que para los efectos de la causa 4.ª del art. 162 se declaran acumulables á estos ejercicios y á los de testamentaría los que enumera á continuación bajo cuatro números, los tres primeros notoriamente extraños á la cuestión presente, y el cuarto inaplicable también, pues se refiere á todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto ó sus bienes después de prevenido el abintestato, y en el caso presente se trataba pura y simplemente de un interdicto de adquirir aquellos bienes, instaurado por los legítimos herederos de la finada:

Resultando que el Juez de primera instancia de la Universidad de Barcelona dictó auto en 23 del mismo mes de Febrero, declarando no haber lugar á la acumulación requerida por el de San Juan de Murcia; y comunicada esta resolución, con testimonio de los particulares que se estimaran oportunos, al Juez de Murcia, se dió vista á la representación de D. Luis Romero Sainz, que solicitó insistiera el Juzgado en la acumulación decre-

tada, alegando al efecto: que la nota protocolada á instancia de las hermanas Arquer, llamada por ellas Memoria testamentaria de Doña Josefa Sainz, que les había servido de título para promover el interdicto, no podía producir efectos legales de ninguna clase, y era por completo nula, no pudiendo deducirse de la misma ningún derecho ó acción ejercitable ante los Tribunales, no sólo porque no reunía las condiciones exigidas por el artículo 662 del Código civil, de hallarse extendida en papel sellado del año correspondiente á su otorgamiento, pues lo estaba en papel blanco, sino porque además no se habían cumplido para su adveración las formalidades determinadas en el art. 1969 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil; que aparte de esto era innegable que no podían separarse ni sustanciarse distintamente el interdicto promovido en Barcelona y el juicio de testamentaría por él incoado, porque en ambos se perseguían los mismos bienes, y por lo tanto, se dividiría la continencia de la causa, procediendo, por tanto, la acumulación del primero al segundo, no sólo por el carácter universal de éste, sino además porque hallándose en aquella ciudad, aquel Juzgado era el único competente; que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de Enero de 1872, estableció la jurisprudencia de que la acumulación procede siempre que la acción se dirige contra el caudal de la testamentaría, por lo que como la pretensión de las hermanas Arquer en el interdicto se limitaba á apoderarse de los bienes que constituían el caudal relicto por muerte de Doña Josefa Sainz, resultaba innegable la procedencia de la acumulación pedida; que ejercitándose en todo juicio de interdicto una acción real, era perfectamente aplicable al caso para decretar la acumulación pedida el párrafo tercero del art. 1003 de la ley de Enjuiciamiento civil; no pasando de ser una sutileza y sofisma que no podía resistir el menor razonamiento, el que se dijera que en dicha disposición legal se hablaba de los pleitos incoados contra el finado y no de los promovidos después del fallecimiento; y que de todos modos el art. 161 de la ley no dice que sean acumulables tan sólo los juicios promovidos contra el finado, sino también los que se pudiesen promover después, siempre y cuando la acción sea acumulable, como ocurría en el caso presente, en que resultaría dividida la continencia de la causa de no darse lugar á la acumulación, según establecía el caso 4.º del art. 162.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que, según lo que se dispone en el caso 4.º del art. 161 de la ley de Enjuiciamiento civil y en el 1003 de la misma ley, son acumulables á los juicios de testamentaría todas las demandas ordinarias que se deduzcan ó hayan deducido contra los bienes del finado:

Considerando que atendidos la letra y espíritu de esos preceptos procede en el caso actual acumular al juicio de testamentaría promovido en Murcia por D. Luis Romero, en calidad de heredero de Doña Josefa Sainz, los actos del interdicto instado en Barcelona por las hermanas Arquer para adquirir, también á título de herederas, los mismos bienes relictos al fallecimiento de la referida Sainz, y que radican en Murcia, pues de lo contrario se dividiría la continencia de la causa y conocerían á un tiempo mismo dos Jueces distintos en cuestiones estrechamente ligadas entre sí y de origen común:

Considerando, por lo tanto, que una vez resuelta la expresada acumulación, es indudable la competencia del Juez del distrito de San Juan de Murcia para conocer del asunto en que ha surgido la presente contienda de jurisdicción;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que procede la acumulación al juicio de testamentaría de Doña Josefa Sainz Villalba, de que conoce el Juez de primera instancia del distrito de San Juan de Murcia, de los autos de interdicto de adquirir promovidos por Doña Mercedes Arquer

y otros, pendientes en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona; y en su consecuencia, mandamos que se remitan unas y otras actuaciones al Juez de Murcia para su continuación con arreglo á derecho, poniéndose esta resolución en conocimiento del Juez de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas.— (Sentencia publicada el 20 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Julio del mismo año.)

154

RECURSO DE CASACIÓN (21 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad.*—No ha lugar al interpuesto por Doña María Jesús León en pleito con Doña Amalia Ayut (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que si la sentencia declara que del examen crítico y combinado de todas las pruebas no resulta acreditado que el demandado para el abono del importe de un pagaré autorizara con su firma este documento y menos que sea cierta la obligación que el mismo expresa, el fallo absolutorio, dada esta apreciación de las pruebas, no infringe la ley 119, tít. 18, Partida 3.ª, porque cuando se trata de demostrar la validez y eficacia de un documento privado por las declaraciones de los testigos que lo vieron firmar, es de la competencia de la Sala sentenciadora apreciar la fuerza de estas declaraciones, no demostrándose que al hacerlo haya incurrido en error de hecho ó de derecho:

Que el otorgamiento de un documento privado no es ninguno de los actos para los cuales exige la ley número ni calidad determinada de testigos, y, por tanto, no se refiere á él la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 659 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que si el demandado negó al contestar la demanda haber firmado el pagaré en cuestión y subsidiariamente opuso la excepción non numerata pecunia, *alegándose ésta en tal forma ha podido ser estimada sin infringir la ley 9.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª*

Que la supuesta infracción de las leyes 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 2.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª, por la sentencia absolutoria de la demanda sobre abono del importe de un pagaré, sólo podría existir en el caso de ser cierto el contrato y la obligación contra lo afirmado por la Sala sentenciadora.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Santiago de Jerez de la Frontera y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por Doña María Jesús León y Sánchez, de aquella vecindad, autorizada por su marido D. José Romero Rey, representada por el Procurador D. José María Cordón, y defendida por el Letrado D. José Atanasio Rodríguez del Valle, con Doña Amalia Ayut y Gómez, con autorización de su esposo Don Adolfo Ferreira y Villapol, propietaria, vecina de Sevilla, y en su nombre el Procurador D. Gil Barrosa, bajo la dirección del Letrado D. Eduardo Dato, sobre pago del importe de un pagaré:

Resultando que con la firma de Manuel González, y fecha en Sevilla á 1.º de Enero de 1887, se extendió un pagaré á la orden y domicilio de Doña María Jesús León por la cantidad de 30.000 pesetas, valor recibido de dicha señora en moneda corriente de plata ú oro, con exclusión de todo papel moneda creado ó por crear, á seis meses fecha, ó sea para el 30 de Junio de 1887, expresando además: que si al vencimiento de este último

plazo faltase al pago de esta obligación, consentía se le enjuiciara y embargara preventiva y ejecutivamente, siendo de su cuenta todos los gastos y costas judiciales y extrajudiciales que se originasen por falta de cumplimiento á esta obligación, y que en el caso de tener que proceder para el cobro de dicha suma por la vía judicial, se sometía á los Juzgados de la ciudad de Jerez de la Frontera, domicilio del acreedor:

Resultando que con presentación de este pagaré solicitó en 5 de Julio de dicho año 1887 Doña María Jesús León, con autorización de su marido D. José Romero Rey, en el Juzgado del distrito de Santiago de Jerez de la Frontera, en atención á que no había sido satisfecho, á que el deudor no tenía domicilio conocido, ni bienes en Jerez, que se decretase el embargo preventivo de los que le pertenecieran en la ciudad de Sevilla, donde habitaba, en cantidad suficiente á cubrir la indicada suma, para lo cual se librase el oportuno exhorto al Juez decano de la ciudad de Sevilla:

Resultando que estimado así y constituído el actuario en la casa número 14 de la calle de Teodosio, preguntado por D. Manuel González, se manifestó por Doña Amalia Ayut, que dijo ser su viuda, que había fallecido hacía dos meses, y enterada del objeto de la diligencia, no habiendo pagado, se procedió al embargo preventivo de varios muebles de la casa, que fueron depositados, y no estimándose garantida con ellos la suma reclamada, se procedió al embargo de cuatro casas en la calle de la Cerrajería:

Resultando que acompañando Doña María Jesús León certificación del acta de inscripción en el Registro civil del fallecimiento de D. Manuel González y Martínez, ocurrido en 3 de Mayo de 1887, dedujo en 3 de Agosto de dicho año la demanda objeto de este pleito, en la que, consignando como fundamentos de hecho los términos del pagaré mencionado y citando en los de derecho diversas leyes de Partida y de la Novísima Recopilación, solicitó que se condenase á Doña Amalia Ayut, como heredera de D. Manuel González y Martínez, al pago de 30.000 pesetas que como tal era en deber á la demandante, con los intereses legales desde que se constituyó en mora, y al de todas las costas causadas en las preparatorias para el embargo preventivo:

Resultando que contestando á la demanda Doña Amalia Ayut y Gómez, expuso: que D. Manuel González y Martínez que vivió siempre económicamente, y que no tenía otras atenciones que las de su manutención y la de su mujer legítima, poseía bienes inmuebles que le producían una renta mensual de 4.000 pesetas próximamente, los cuales dejó á su fallecimiento á la demandada; y que ni necesitó ni recibió nunca á préstamo, ni por ningún título de Doña María Jesús León, 30.000 pesetas, que ésta jamás había podido prestar porque no había poseído tal cantidad; que la demandante, afectando ignorar el fallecimiento de D. Manuel González Martínez, de que estaba muy enterada, había pedido el embargo preventivo de sus bienes, y que decretado el embargo, se había llevado á efecto en fincas que valían más de 200.000 pesetas, con lo cual se habían causado perjuicios de mucha consideración á la demandada; que no habiéndose celebrado contrato, no podía existir obligación proveniente de él; y que aunque D. Manuel González, lo que no era cierto, hubiera firmado el pagaré presentado, no habiendo recibido la cantidad que expresaba el mismo documento, procedería siempre contra la demandante la excepción *non numerata pecunia*, que también alegaba la demandada:

Resultando que replicando Doña María Jesús León, expuso: que por más que D. Manuel González viviera económicamente y tuviera los bienes de fortuna que se expresaban, era lo cierto que solicitó y recibió en préstamo las 30.000 pesetas consignadas en el pagaré; que no había sido redargüido de falso de contrario, ni negada la legitimidad de la firma; y que

las diligencias de embargo se habían practicado con arreglo á la ley, no siendo cierto que por ello se siguieran perjuicios á la demandada:

Resultando que suspendido el procedimiento por haberse instruído causa por falsedad del pagaré, aparece que en efecto, en el Juzgado de instrucción del distrito de San Vicente de Sevilla, y á virtud de denuncia hecha por Doña Amalia Ayut, se procedió contra Doña María Jesús León y Sánchez y D. Bautista Tomás Mingot por falsedad de un pagaré de 30.000 pesetas, y continuada la causa por el Juez de instrucción del distrito de Santiago de Jerez de la Frontera, requeridos los procesados para que prestaran fianza en cantidad de 3.000 pesetas cada uno, á fin de asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran serles impuestas, no lo efectuaron ni fué posible embargarles bienes por no poseerlos, según se justificó documental y testificalmente; y en su virtud, por auto de 21 de Junio de 1888, se les declaró insolventes:

Resultando que sustanciada la causa en 11 de Diciembre de dicho año, dictó sentencia la Sección primera de la Audiencia de lo criminal de dicha ciudad, absolviendo libremente á Doña María Jesús León y Sánchez y Don Bautista Tomás Mingot, declarándose las costas de oficio y aprobando el auto de insolvencia de los procesados, consignándose en el primero de los considerandos de dicha sentencia: que los hechos origen de la causa no constituían el delito de falsificación de documento privado ni otro alguno, porque no se había justificado que la firma y rúbrica del pagaré no hubieran sido hechas por D. Manuel González, pues si bien tres peritos afirmaban ser distinta la firma del pagaré de las indubitadas que obraban en las escrituras con que cotejaron aquéllas, otros tres peritos aseguraban ser idéntica la firma del pagaré á la de los recibos de inquilinato que había en el proceso, cuyas últimas firmas eran iguales y hechas por una misma mano que las indubitadas, según dictamen de los tres peritos primeros; y si á esto se agregaba el dicho de testigos en el juicio oral que aseveraban haber visto á D. Manuel González firmar el pagaré, no había méritos para deducir la existencia del delito denunciado:

Resultando que preparado por Doña Amalia Ayut recurso de casación por infracción de ley contra esta sentencia, se declaró desierto por no haberse personado á formalizarlo:

Resultando que continuando el procedimiento civil, la demandada evacuó el traslado de dúplica, reproduciendo el de contestación, y añadiendo que en procedimientos criminales no había podido probar la procesada, demandante en estos autos, que hubiese entregado á D. Manuel González la cantidad que reclamaba á la heredera de éste, y antes por el contrario probó que era absolutamente insolvente:

Resultando que recibido el juicio á prueba por la demandante, se practicó testifical, dirigida á acreditar que el pagaré en cuestión era renovación de otro expedido en 1.º de Enero de 1885, en cuya fecha entregó Doña María Jesús las 30.000 pesetas á presencia de su marido y del corredor que intervino en el negocio; y que el documento que obraba en autos no fué otorgado por D. Manuel González en la fecha que se expresaba, sino el día 7 de Enero de 1887, á presencia de los individuos anteriormente referidos y de Doña Elvira Gómez y D. José Cueto:

Resultando que á instancia de la demandada se trajeron testimonios de varios particulares de la causa, y se practicó también prueba testifical sobre el estado de la fortuna de la demandante y su padre, y el hecho de haberse hallado enfermo en cama D. Manuel González en la fecha que suponía firmado el pagaré, no habiendo salido de su casa hasta el 13 ó 14 de Enero:

Resultando que practicadas por una y otra parte pruebas de tachas, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia

de Sevilla dictó en 14 de Julio de 1890 sentencia revocatoria absolviendo á Doña Amalia Ayut y Gómez, como viuda y heredera de D. Manuel González y Martínez, de la demanda contra ella interpuesta por Doña María Jesús León y Sánchez, sin hacer expresa condenación de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que Doña María Jesús León y Sánchez ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º Al apreciar la prueba referente á la autenticidad del documento privado y legitimidad de la firma del mismo en que se fundaba la demanda como reglas jurídicas que le estaban impuestas para hacer dicha apreciación, la ley 119, tít. 18, Partida 3.ª, en cuanto que establece como únicas condiciones para que haga fe en juicio un documento privado, cuando la parte á quien perjudica niegue la firma que puso en él, ó por cualquier otro motivo deja de reconocerlo, que dos testigos buenos y sin sospecha juren y digan que vieron á aquél cuyo nombre está escrito en el documento, escribir aquella carta ó haberla mandado escribir; el párrafo segundo del art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establece que cuando la ley determina el número ó la calidad de los testigos, como solemnidad ó circunstancia especial del acto á que se refiere, se observará lo dispuesto para aquel caso; y la regla de sana crítica de que los testigos sin tacha legal deben estimarse como testigos buenos y sin sospecha, toda vez que tres testigos que carecían de tacha legal declaraban haber presenciado la redacción del documento de que se trataba y la firma del mismo por Don Manuel González:

2.º Al absolver de la demanda á Doña Amalia Ayut, haciendo prosperar bajo esta fórmula la excepción de *non numerata pecunia*, propuesta por aquella parte, la ley 9.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª, que establece dicha excepción, porque la alegación de ésta era improcedente cuando, como en este caso sucedía, la parte demandada había empezado por negar la autenticidad del documento, y hasta había supuesto que se había cometido en su confección el delito de falsedad, toda vez que la citada ley, al establecer dicha excepción y al autorizar el que se alegue en juicio, presupone como requisitos indispensables la autenticidad del documento, la promesa de un préstamo no realizado y la impugnación por parte del mismo que lo suscribió; requisitos que no concurrían en este caso, y á pesar de lo cual la sentencia hacía aplicación de dicha ley:

Y 3.º La ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en cuanto establece que de cualquiera manera que aparezca que una persona quiso obligarse, queda obligada; y la ley 2.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª, que, refiriéndose al contrato de préstamo, impone al mutuario la obligación de devolver la cosa recibida en la misma cantidad y calidad en el plazo estipulado, toda vez que contra las terminantes prescripciones de ambas leyes se absolvía á Doña Amalia Ayut, como heredera de su esposo D. Manuel González, de la obligación de pagar á la parte actora lo que en el documento en cuestión reconoció y declaró aquél que había recibido de Doña María Jesús León.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la sentencia recurrida declara que del examen crítico y combinado de todas las pruebas no resulta acreditado que D. Manuel González autorizara con su firma el pagaré origen de estos autos, y menos que fuera cierta la obligación que tal documento expresa, y dada esta apreciación de las pruebas, el fallo no infringe la ley 119, tít. 18, Partida 3.ª, invocada en el primer motivo del recurso, porque cuando se trata de demostrar la validez y eficacia de un documento privado por las declaraciones de los testigos que lo vieron firmar, es de la competencia de la Sala sentenciadora apreciar la fuerza de estas declaraciones, no demos-

trando, por otra parte, la recurrente que al hacerlo haya incurrido en error de hecho ó de derecho, ni tampoco que se haya infringido el párrafo segundo del art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, que también se alega en el primer motivo, porque el otorgamiento de un documento privado no es ninguno de lós actos para los cuales exige la ley número ni calidad determinada de testigos, y por tanto no se refiere á él la excepción contenida en el segundo párrafo del mencionado artículo:

Considerando que la demandada negó al contestar la demanda que su marido hubiera firmado el pagaré en cuestión, y subsidiariamente opuso la excepción de *non numerata pecunia*, que siéndolo en esta forma, ha podido ser estimada por la sentencia sin infringir la ley 9.ª, tít. 1.º de la Partida 5.ª, invocada en el segundo motivo, en el supuesto de ser cierto el otorgamiento y firma del pagaré mencionado:

Y considerando que las infracciones que se alegan en el tercer motivo sólo podrían existir en el caso de que fuera cierto el contrato y la obligación que se suponen otorgados por D. Manuel González, lo cual niega la Sala;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Jesús León y Sánchez, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 21 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

155

RECURSO DE CASACIÓN (23 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Cumplimiento de ejecutoria.*—No ha lugar al interpuesto por D. Teodoro Martel, en pleito con D. Teobaldo de Saavedra (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que no desconoce la fuerza que ha el juicio afinado, *y por consiguiente no infringe la ley 19, tít. 22, Partida 3.ª, el fallo que se ajusta estrictamente á la ejecutoria de cuyo cumplimiento se trata:*

Que no habiendo paridad de casos no puede haber jurisprudencia aplicable.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Derecha de Córdoba y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D. Teodoro Martel Fernández de Córdoba, Conde viudo de Villaverde la Alta, propietario, vecino de esta corte, por sí y como representante legal de las personas y bienes de sus hijos menores D. Federico, Doña María Feliciana Rosario Martel y Bermúy, representado por el Procurador D. Luis Lumbreras, y defendido por el Licenciado D. Agustín de Soto, D. Teobaldo de Saavedra y Cueto, Marqués de Viana, propietario, de esta vecindad, como marido de Doña María del Carmen Pérez de Barradas y Bermúy, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Letrado D. Ramón Vinader, sobre cumplimiento de una ejecutoria:

Resultando que seguido pleito en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Derecha de Córdoba y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, como ramo separado de la testamentaría del Marqués de Benamejí, por Doña María del Carmen Bermúy y Aguayo, Condesa y Marquesa de Villanueva de Cárdenas y de Villaseca, D. Juan Bautista Cabrera

y Bermúy, Conde y Marqués de los mismos títulos, y su legítima mujer Doña María del Carmen Pérez de Barradas y Bermúy, y por fallecimiento de la Marquesa su hijo D. Juan Bautista y sus nietos D. Fernando, Don José, D. Rafael y D. Enrique Cabrera, representados primeramente por su tío y curador D. Juan Bautista y después, por su fallecimiento, por su madre Doña María de la Soledad Fernández de Córdoba, Marquesa viuda de Ontiveros, con D. Juan de Dios Bermúy y Coca, Marqués de Benamejí, y sus hermanos Doña María Teresa, representada por su marido D. Teodoro Martel Fernández de Córdoba, Conde de Villaverde la Alta, y Doña María del Carmen, por su curador *ad litem* D. Antonio de Coca y Pérez, sobre usufructo y propiedad de las fincas comprendidas en la hacienda titulada de la Escalera, por ejecutoria de este Supremo Tribunal de 16 de Abril de 1879 se declaró que la hacienda ó posesión denominada de la Escalera, compuesta de los árboles, caseríos y dependencias expresadas en la demanda correspondida en propiedad á los demandantes D. Juan Bautista Cabrera y Bermúy, Conde y Marqués de Villanueva de Cárdenas y de Villaseca, y á su esposa Doña María del Carmen Pérez de Barradas y Bermúy, ó por su fallecimiento á sus herederos y causahabientes respectivos, condenando, en su virtud, á los demandados D. Juan de Dios Bermúy y Coca, actual Marqués de Benamejí, y á sus hermanas Doña María Teresa y Doña María del Carmen Bermúy y Coca, y en su nombre á los legítimos representantes de las mismas, á entregar á los demandantes la expresada finca de la Escalera, con los frutos percibidos desde la contestación de la demanda, previo abono por parte de los demandantes á los demandados del importe de las impensas y de las mejoras necesarias y útiles que justificasen haberse realizado en dicha hacienda desde que se posesionó de ella el usufructuario D. Francisco de Paula Bermúy, Marqués de Benamejí, pudiendo retirar las voluntarias con arreglo á la ley; declarando asimismo que á los herederos de Doña María del Carmen Bermúy y Aguayo, Condesa y Marquesa viuda de Villanueva de Cárdenas y de Villaseca, correspondían los frutos procedentes de la repetida finca desde la contestación á la demanda hasta el fallecimiento de aquélla, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que en ejecución de esta sentencia, D. Teodoro Martel, conde de Villaverde la Alta, viudo de Doña María Teresa Bermúy y Coca, y como administrador legal de sus hijos menores, presentó en 13 de Mayo de 1888 la liquidación prevenida en el art. 946 de la ley de Enjuiciamiento civil con nueve cuentas de administración y certificados periciales, pidiendo se condenase al Marqués de Viana, como marido de Doña María del Carmen Pérez de Barradas y Bermúy, heredera de su primer marido Don Juan Bautista Cabrera y Bermúy, Marqués que fué de Villaseca, al pago del saldo de 161.851 pesetas y 13 céntimos, ó al que resultara de las valoraciones oportunas y demás datos que se acumularan por la respectiva prueba, si no se allanase desde luego á virtud del traslado que se le confiriera, y al abono de todas las costas de esta actuación, alegando en dicho escrito respecto á lo que es objeto del actual recurso, que se había querido confundir vagamente las impensas con las mejoras, siendo así que su significación y objeto era muy diferente, no habiéndola confundido la ejecutoria, puesto que ambos vocablos los unía una conjunción copulativa, así que al decir que se pagaran impensas, ó sean gastos, y además mejoras, había resuelto que se abonaran las unas y las otras; que según la ley 41, tít. 28 de la Partida 3.ª, el que ganaba alguna cosa que otro poseía de buena fe, era tenudo de tornar al otro todas las despensas que hubiese fecho de nuevo en ella; y la 44 de dicho título declaraba, que el que adquiría lo que de buena fe poseía otro, debía abonar á éste las despensas magüer non oviese menester de la facer, de lo cual se infería que pudiera haber im-

pensas con mejoras ó sin ellas, quedando obligada la Marquesa de Viana á pagar previamente las unas y las otras; que no debía confundirse el sentido de estas dos leyes, pues aun cuando trataban ambas de las despensas, ó sea de los gastos hechos en las heredades, mientras la 41 se ocupaba de los que no producían mejora, la 44 se refería á los que producían verdadero mejoramiento en el predio, enderezando ó rehaciendo algo, y así se comprendía bien lo que quería decir la sentencia al decretar el pago de las impensas sin limitación ni distinción alguna, como tampoco la hacía la ley cuando trataba de ellas, á diferencia de sus palabras al referirse á las mejoras, que dividía en necesarias, útiles y voluntarias; que el Tribunal sentenciador sabía, pues constaba en los autos, que en la finca de Escalera se había construído con autorización de los testamentarios del Marqués de Benamejí un gran panteón para la familia, con lujosos mausoleos, pavimento de mármol, bóveda, bellos altares, confesionarios y demás necesario para el culto, mejorando el oratorio, donde se construyó una tribuna y además una hermosa sacristía, con mesa tallada extensa y gran tablero de piedra, como también se construyeron elegantes puertas de nogal con cerradura de metal, una esbelta torre y una magnífica fachada que daba frente al gran patio, convenientemente mejorado y ampliado, colocándose en su pórtico suntuosas columnas; que el Tribunal sabía que todo esto lo podía hacer el Marqués de Benamejí, que con la mejor buena fe se consideraba dueño, y así con la idea sin duda de que si no se conceptuaba todo aquello una mejora útil y en gran parte necesaria, no se pudiera perder para sus legítimos herederos su importe, dispuso el abono de las impensas; y tanto era así, que, según la referida ley 41, era abonable en tal concepto todo lo que el poseedor de buena fe hiciera de nuevo en la finca, así como torre ó casa ú otro edificio, quedando obligado el que lo venciere en juicio á abonarle antes que sea entregado de la casa ó heredad, pues que hubo buena fe en ganar la cosa é labró en ella, así como en lo suyo, derecho es que cobre aquello que se desprendió en esta manera; que si bien era verdad que como despensa ó impensa no había más remedio que abonar las hechas en el panteón y en la iglesia, también lo era en distinta hipótesis, que muy bien podía considerarse en parte como mejora necesaria y siempre como útil; teniéndose presente que, según la referida ley 44, se considerarían como necesarias las que sean menester de facer, y como útiles las que son provechosas al heredamiento de que era tenedor el que las fizo; que fué necesario reparar el oratorio deteriorado y antiguo y construir la tribuna, sacristía y torre para cumplir las misas y cargas de la capellanía fundada; y fué útil la construcción del panteón, que aumentó el valor del predio, además de que, siquiera por el sagrado objeto á que estaban destinadas dichas obras, no sería digno rechazarlas, habiendo durante algún tiempo servido la iglesia de auxiliar de la parroquia de Montoro, administrándose los Sacramentos y acudiendo un concurso numeroso de fieles; que además se trataba de una finca de recreo ó de lujo, que era un verdadero depósito de recuerdos históricos y de monumento levantado á un abolengo distinguido y que encerraba los restos de los ilustres ascendientes de la Marquesa de Viana; que todo esto era aplicable perfectamente á los vasos sagrados y ornamentos, como anejo al culto, pues eran su complemento, y si aquél había de sostenerse era claro que la necesidad de éstos era incuestionable; que la liquidación, pues, debía comprender dos extremos, uno como cargo, que era el importe de la cuenta de los frutos percibidos, y otro como data, que lo formaban las partidas á que ascendían las impensas hechas y las mejoras que debían ser abonadas, según la ejecutoria:

Resultando que la representación del Marqués de Viana impugnó la liquidación presentada, solicitando que en cumplimiento de la ejecutoria se

le entregara sin más dilación ni entorpecimiento la hacienda llamada la Escalera, con pago de 86.800 pesetas 38 céntimos que alcanzaba, como legítimo producto de aquella finca ó de lo que resultara de las pruebas que se practicasen, con las costas; alegando al efecto que la primera de las cuestiones que había que explanar era la concerniente á las impensas y á las mejoras útiles y necesarias que se mandaban abonar por la ejecutoria, determinando si en el presente caso había otras mejoras, como realmente sucedía, que no debían ser objeto de ningún genero de pago; que, según la ley 44 de la Partida 3.ª, citada de contrario, los gastos que los poseedores podían haber hecho en una finca mientras había estado en su poder, eran de tres clases, necesarias, útiles y voluntarias, y que éstos ó los de puro placer y ornato no eran abonables á ningún poseedor, pudiendo el de buena fe quitar las obras y retirarlas del punto en que se encontrasen; que la ejecutoria contenía preceptos perfectamente claros que estaban prontos á cumplir los Marqueses de Viana, si bien no habían estado jamás conformes en que se les quisiera considerar comprometidos á tomar en concepto de mejoras necesarias y útiles lo que siendo tal vez de un mérito y valor inestimable, no tenía aprovechamiento ni aplicación alguna en la finca, y sólo constituiría un objeto de capricho y de lujo; que tratándose de un olivar, todas sus impensas y mejoras tenían que guardar analogía con el género de cultivo y aprovechamiento que correspondía á ese género de propiedades; que bajo este concepto no era posible sostener que en una hacienda de esa clase se debía reputar necesaria y útil la construcción de un panteón de familia en donde se conservasen los restos de personas para todos muy queridas, porque si bien el panteón, la iglesia y ornamentos eran muy dignos de respeto, no podían reputarse como útiles ni mucho menos como necesarios en una finca poblada de olivar, situada en medio del campo y expuesta á profanaciones; y pasando á ocuparse de otros extremos, que no son objeto del actual recurso, terminó con la pretensión indicada al principio, acompañando á su escrito diferentes certificaciones y otros documentos:

Resultando que recibido el incidente á prueba y propuesta la pericial, el Arquitecto perito tercero nombrado por ambas partes para dirimir la discordia ocurrida entre los dos de designación de las mismas, declaró que las obras ejecutadas, que conceptuaba de necesidad y utilidad para la finca, consistían en la torre del molino, las solerías del patio principal, la escalera para el campanario, las explanaciones y muros de contención de los jardines y las rampas formadas delante del caserío principal; y que las obras que no consideraba necesarias ni útiles para el predio, y sí como un capricho del usufructuario, eran la nueva capilla, panteón familiar de los Marqueses de Benamejí, con sus accesorios de sacristía y galería interior; cuyas obras, según el estado en que se encontraban, calculaba valdrían 36.620 pesetas:

Resultando que sustanciado el incidente en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla proveyó auto en 27 de Agosto de 1890, que no fué conforme con el del Juez de primera instancia, reformando la liquidación consignada en el escrito de 12 de Mayo de 1888 en el sentido de que el cargo por razón de frutos de la hacienda la Escalera, calculados como percibidos desde la contestación á la demanda, con deducción de impensas, contribuciones é impuestos, lo constituía la cantidad de 45.524 pesetas 90 céntimos, y la data el valor de las mejoras necesarias y útiles, importantes 14.899 pesetas, resultando á favor de la parte actora la diferencia de 30.625 pesetas 90 céntimos, cuya cantidad sería entregada á la misma en término de sexto día por la parte demandada, como asimismo y desde luego la expresada finca la Escalera, según ordenaba la ejecutoria; no habiendo lugar á comprender en dicha liquidación al efecto de su abono

las mejoras voluntarias, que podrán ser retiradas con arreglo á la ley y á la ejecutoria, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que el Conde de Villaverde la Alta, por sí y en representación de sus hijos, ha interpuesto recurso de casación, fundado en ocho motivos, en el 8.º de los cuales, único admitido por la Sala tercera de este Supremo Tribunal, se citan como infringidas la ley 19, tít. 22 de la Partida 3.ª, y la jurisprudencia sentada en la sentencia de 26 de Abril de 1886 y otras, según las cuales el derecho que pueda asistir en cuanto á las mejoras voluntarias hechas en una finca cuya venta se anuló por sentencia, mandando devolverla á su legítimo dueño, debe declararse en el correspondiente juicio, y no puede serlo en el incidente de ejecución de dicha sentencia si ésta nada resolvió en ningún sentido respecto de dichas mejoras ó de las cosas en que consistían, limitándose á acordar el abono previa tasación pericial de las mejoras necesarias y útiles, por lo cual el auto allí recurrido, que declaraba que pueden tomarse todas aquellas cosas de la finca que no constituyen las mejoras necesarias ó útiles, sin perjuicio del derecho de los recurrentes á quedarse con ella por el tanto, y previa indemnización, infringía la doctrina legal que establecía que los fallos dictados para el cumplimiento de otro ejecutorio eran nulos de derecho cuando se extendían á más de lo comprendido en la parte dispositiva de la sentencia á que se daba cumplimiento; doctrina que se infringía también juntamente con la ejecutoria de 1879, al suponer que ésta declaraba la existencia de mejoras voluntarias, que eran precisamente la iglesia con sus accesorios, el panteón y la galería, y que las mismas pudieran retirarse con arreglo á la ley, lo cual, como se veía, era material y legalmente imposible.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que el auto recurrido no desconoce *la fuerza que ha el juicio afinado*, y por consiguiente, no infringe la ley 19, tít. 22 de la Partida 3.ª, que se invoca en primer lugar en el único motivo que ha sido admitido, pues al disponer, como dispone, que no se comprendan en la liquidación las mejoras voluntarias, que podrán ser retiradas con arreglo á la ley y á la ejecutoria, se ajusta estrictamente á lo resuelto por este Supremo Tribunal en su sentencia de 16 de Abril de 1879, en la cual se distinguieron de un modo expreso las mejoras necesarias y las útiles de las voluntarias, acordándose respecto á las dos primeras, que debían abonarse á los demandados las que justificasen haber realizado; y en cuanto á las últimas, que podían aquéllos retirarlas; extremos ambos perfectamente practicables en el período de ejecución de la misma sentencia:

Y considerando que por la razón expuesta y por la de que no habiendo, como no hay, paridad de casos, no puede haber jurisprudencia aplicable, es también inoportuna la cita que se hace en segundo lugar de la sentencia de este Supremo Tribunal de 26 de Abril de 1886; porque el fundamento de esa sentencia, al reservar para otro juicio la cuestión suscitada sobre mejoras voluntarias, fué el de que acerca de éstas nada se había resuelto en el fallo que se estaba ejecutando; lo cual no sucede en el pleito de que ahora se trata, puesto que dichas mejoras voluntarias fueron también objeto de la mencionada sentencia firme de 16 de Abril de 1879, y debieron ser y han sido, como las necesarias y las útiles, materia de discusión y de prueba por una y otra parte en el incidente de ejecución;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Teodoro Martel Fernández de Córdoba, Conde de Villaverde la Alta, por sí y en representación de sus hijos menores, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Sevilla

la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 23 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

156

Recurso de casación en asunto de Ultramar (25 de Mayo de 1891). —Sala tercera.— *Pago de cantidad.*— No ha lugar, en parte, á la admisión del interpuesto por D. Constantino Cortina en pleito con la sucesión de D. León Lleó (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que es inadmisible el recurso, si fundándose en error de hecho en la apreciación de las pruebas, se citan como documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente de la Sala la sentencia, el apuntamiento del pleito y los autos originales, pues no son éstos los documentos á que se refiere para el caso el artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm. 7.º

Resultando que en el Juzgado de primera instancia del Oeste de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio ha seguido autos D. Constantino Cortina y Arteaga con la sucesión de D. León Lleó y Girant, sobre pago de cantidad, en los que dictó sentencia dicha Sala en 21 de Octubre de 1890, declarando que D. Constantino Cortina no ha acreditado el tiempo que duraron los arrendamientos de los seis siervos que afirma tenía en el ingenio La Luisa, propiedad de D. León Lleó, ni tampoco que dichos siervos estuvieran dedicados al servicio de la finca; que ha justificado que ejerció el cargo de Administrador de la mencionada finca, pero únicamente desde el 10 de Diciembre de 1871 hasta 25 de Julio de 1875, y que no había lugar á la excepción de prescripción alegada por los demandados respecto á los expresados sueldos; y condenando, en su consecuencia, á Doña Mercedes Girant y á sus hijos D. León, Doña Mercedes y Doña Eloisa Lleó y Girant, como viuda la primera y herederos los otros de D. León Lleó, á que en el término de tercero día abonen al actor el saldo que resulte en liquidación adeudarle por sus sueldos como tal Administrador por el tiempo transcurrido entre las indicadas fechas de 10 de Diciembre de 1871 y 25 de Julio de 1875 á razón de 2.000 pesos anuales hasta el 1.º de Enero de 1874, y de 2.500 desde ese día en adelante, de cuyo sueldo habrán de rebajarse las partidas que por cuenta de él han entregado los demandados, y absolviendo á éstos de la demanda en lo relativo á los alquileres de los siervos reclamados por el actor, y en lo concerniente á los sueldos como Administrador del repetido ingenio desde 25 de Junio de 1875 en adelante, sin hacer especial condenación de costas en ambas instancias:

Resultando que D. Constantino Cortina y Arteaga interpuso recurso de casación, fundado en diferentes motivos, alegando en el primero que la Sala sentenciadora había incurrido en notorio error de hecho al afirmar como fundamento de su fallo que todos los testigos presentados por el actor con excepción de dos, al ser repreguntados consignaran que al pasar Cortina al ingenio Mercedes quedó D. Ramón de la Cruz como Administrador de La Luisa, demostrándose este error con un documento auténtico, cual es la misma sentencia recurrida, en cuyos resultandos se hacen constar las declaraciones de los testigos, y por si este documento no bastara, citaba además el apuntamiento y los autos originales, por cuanto en ellos consta que cinco testigos sostuvieron en sus preguntas y repreguntas que Cortina, aun después de pasar al ingenio Mercedes, siguió administrando La Luisa:

Resultando que el Ministerio fiscal estuvo conforme con la admisión

del recurso, y oído el Magistrado Ponente se mandó traer á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que es inadmisible el recurso por el primer motivo, pues fundándose en error de hecho en la apreciación de las pruebas, se citan como documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente de la Sala la sentencia recurrida, el apuntamiento del pleito y los autos originales, y no son estos los documentos á que se refiere para el caso el art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm. 7.º;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Constantino Cortina y Arteaga, en cuanto al primer motivo en que se funda, y se admite respecto á los demás, y pasadas que sean las copias necesarias para la publicación de esta resolución en la forma prevenida en la ley, pasen los autos á la Sala primera de este Tribunal Supremo.— (Auto fecha 25 de Mayo de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 25 de Julio del mismo año.)

157

Recurso de casación en asunto de Ultramar (26 de Mayo de 1891). —Sala primera.—*Reclamación de un censo.*—No ha lugar al interpuesto por el hospital de Nuestra Señora de las Mercedes en pleito con Doña Asunción Lastres (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que la Sala sentenciadora no incurre en el error de hecho á que se refiere el núm. 7.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, ni infringe los artículos 595, números 1.º, 3.º y 4.º, y 596, núm. 1.º de la misma ley, cuando sin prescindir de ningún documento importante ni desconocer su eficacia, examina y aprecia todos los que son de verdadero interés para el pleito, concediendo á cada uno de ellos el valor que le corresponde, y en vista del resultado que ofrecen forma su juicio:

Que la sentencia que estima la excepción de falta de personalidad del demandado para el pago de un censo, no infringe el art. 410 de la ley Hipotecaria de Cuba, si resulta de las certificaciones expedidas por el Registrador de la propiedad que el censo no se había inscrito como gravamen que afecte á la finca propia del demandado.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de la Habana, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por el hospital civil de Nuestra Señora de las Mercedes, representado por el Procurador D. Angel Calvo, y defendido por el Letrado D. Gabino Bugall, con Doña Asunción Lastres y Juiz, vecina de aquella capital, autorizada por su marido D. Porfirio de Adam y Gutiérrez, Ingeniero agrónomo, y en su nombre el Procurador D. Antonio Bendicho, bajo la dirección del Doctor D. Francisco Lastres, sobre reclamación de un censo:

Resultando que D. Mateo Reigadas vendió por escritura de 16 de Marzo de 1778 al convento hospital de San Juan de Dios de la Habana 60 pesos de renta en cada un año por precio de 1.200 pesos que del Padre Prior de dicho convento tenía recibidos de contado, en virtud de lo cual impuso y cargó sobre todos sus bienes, y especialmente sobre una casa de su propiedad, sita en la calle de la Habana, núm. 25, lindando por un costado con casa del Teniente Coronel de Ingenieros D. Juan Castilla, y por el otro con colgadero de Doña Luisa Sánchez, habiéndose de pagar anualmente los

réditos á dicho convento hasta la redención del censo, no pudiéndose partir ni dividir la casa aunque fuera entre herederos, ni enajenarla sin dar parte al censualista, para que pudiera tomar la finca por el tanto dentro de treinta días, bajo pena de comiso; debiendo el nuevo poseedor reconocer el censo, cayendo también en comiso si no se pagasen los réditos en dos años, bajo cuyas condiciones y otras se otorgó la escritura, poniéndose la nota correspondiente á la imposición en la Anotaduría de hipotecas en 21 de dicho mes de Marzo, habiendo certificado el Anotador que no constaba que la citada casa estuviera gravada hasta dicho día:

Resultando que según certificación del Registrador de la propiedad de la Habana, y con relación á sus libros, al margen del asiento de la anterior imposición se halla una nota que dice ha pasado á D. Juan de Justis; que por escritura de 29 de Marzo de 1792 D. José de Justis y Doña Felipa María de Urrutia hipotecaron á favor del Capitán D. José Luis Meireles en resguardo de cierta fianza la casa de su propiedad de rafas, tapias y tejas, situada en la calle de la Habana, núm. 189, lindando con el Coronel D. Juan Castillo y Doña Luisa Sánchez, con el gravamen de 1.200 pesos, á favor de la hospitalidad de San Juan de Dios; habiéndose dado por rota y cancelada esta escritura por el citado D. José Luis Meireles en 20 de Octubre de 1801; que Doña Felipa María de Urrutia vendió al Teniente Don Juan Melo en 7 de Junio de 1810 la casa Habana núm. 26, lindando con otra del Coronel D. Juan del Castillo y con la de Doña Luisa Sánchez, comprendiendo en parte de su precio 1.200 pesos impuestos en ella á favor del convento de San Juan de Dios; y que por escritura de 16 de Enero de 1847 D. Juan y D. José Melo vendieron á D. Pedro Rafael Armenteros la casa núm. 26 de la calle de la Habana, lindando con Doña Irene Calderon y D. Agustín Saavedra, en precio de 11.000 pesos, 1.200 impuestos de ella á favor del convento de San Juan de Dios y los restantes al contado:

Resultando que según certificación del Secretario del Ayuntamiento de la Habana, con referencia á la reforma de numeración de la calle de dicho nombre efectuada en el año 1862, la casa hoy núm. 53 de dicha calle tenía entonces el núm. 26 y era de los herederos de D. Pedro Armenteros; que para la formación del padrón que rigió en los años de 1870 á 1873 se presentó relación jurada por D. Francisco J. Pedroso de las rentas de la casa núm. 53 de la calle de la Habana, manifestando que dicha casa reconocía imposiciones, pero sin expresarlas: que para la formación del padrón de 1873 á 76 se presentó relación por Doña Luisa Cárdenas de Pedroso, manifestando reconocer la citada casa un gravamen de 1.200 pesos 60 centavos á favor del hospital de San Juan de Dios; que para el formado de 1876 á 1883 no se presentó relación referente á la finca de que se trataba, y que para la formación del padrón de 1882, que rigió para el primer trimestre de 1883 á 1884, se presentó relación por D. Joaquín Lastres Guinaste, expresando que la finca antes citada reconocía 500 pesos al convento de Santo Domingo, y 100 pesos de capellanía al hospital de San Juan de Dios; que examinado el libro de Contaduría del año 1852, en que constaban las imposiciones de las casas gravadas, aparecía que la núm. 26 de la calle de la Habana reconocía á censo la cantidad de 1.200 pesos impuestos á favor del hospital de San Juan de Dios; que en el padrón de fincas urbanas de intramuros que rigió para los años de 1853 á 55, la casa calle de la Habana, marcada con el núm. 26, se hallaba inscrita á nombre de D. Pedro Armenteros con una imposición de 1.200 pesos; que en el de 1855 constaba también inscrita dicha finca á nombre de D. Pedro Rafael Armenteros, con la imposición de 1.200 pesos, en cuyos mismos términos aparecía en 1859; apareciendo en el de los años 1865 á 1868 la casa núm. 53 de la calle de la Habana inscrita á nombre de D. Sebastián Peñalver, como albacea de Don Pedro Armenteros, y vendida á D. Francisco J. Pedroso con la ya citada

imposición de 1.200 pesos, y que en el legajo de relaciones juradas de censos aparecía una suscrita por D. José María Melo y González en 5 de Julio de 1844 de la imposición con que cargaba la casa calle de la Habana, núm. 26, de 1.200 pesos á favor del convento de San Juan de Dios, cuyos réditos cobraba D. Manuel Lasaleta, síndico de dicho convento, no pudiendo referirse la escritura de imposición, por ignorar el lugar de su existencia, constando sólo por la certificación de hipotecas:

Resultando que con presentación de estos documentos dedujo en 16 de Mayo de 1888 el hospital de Nuestra Señora de las Mercedes la demanda objeto de este pleito, que correspondió en turno al Juzgado del distrito de Guadalupe de la Habana, hoy del Centro, consignando como hechos, que por escritura pública impuso D. Mateo Reigadas 1.200 pesos á censo consignativo redimible en la casa de su propiedad calle de la Habana, núm. 25 entonces, en favor del hospital de San Juan de Dios, hoy Nuestra Señora de las Mercedes, quedando anotado en el antiguo Registro de hipotecas; que dicha casa, desde 1778, fecha del censo, había tenido variante en su numeración, presentando después la de 189, 26 y ahora 53, como lo evidenciaban los certificados de la Municipalidad y del Registro de la propiedad que se acompañaban, cuyo cambio de numeración no había podido influir ni influído en la carga del inmueble, como lo evidenciaba el constante reconocimiento de los dueños en las relaciones juradas para formar los padrones; y que la suspensión del Registrador que se expresaba al final de la escritura, vigente el asiento de la constitución del censo, sólo importaba un error que no podia perjudicar al Hospital ni dar por extinguida la carga constituída á su favor, y deduciendo la acción real hipotecaria para que se reconociera la existencia del censo en la casa calle de la Habana, núm. 53, pidió se le admitiera la demanda que establecía contra Doña Asunción Lastres y Juiz, casada con D. Nicomedes Adam, declarando la existencia en la casa calle de la Habana, núm. 53 hoy, del censo de 1.200 pesos en favor del hospital á que se refería la escritura de 1778, con las costas á cargo de la demandada:

Resultando que al contestar la demanda Doña Asunción Lastres, presentó diferentes documentos, de los que aparece que D. Antonio García siguió un juicio ejecutivo contra Doña María Luisa de Cárdenas y Armenteros para pago de pesos procedentes de un préstamo con hipoteca de la casa calle de la Habana, núm. 53, antes 26, propiedad de la deudora, y que rematada dicha finca por D. Joaquín Lastres Guinaste, se otorgó escritura de venta á su favor en 28 de Enero de 1881 por el precio de 7.615 pesos; reconociendo además el capital de 600 que gravitaba sobre la finca á favor del convento de San Agustín y del hospital de San Juan de Dios, quedando obligado á pagar los treinta años de réditos que se adeudaban del censo á favor del convento de San Agustín y 150 pesos de réditos del censo á favor del hospital de San Juan de Dios:

Resultando de certificación del Registrador de la propiedad que por escritura de 6 de Abril de 1791 Doña Juana Cabello otorgó imposición á favor del Hospital Real de San Juan de Dios por la cantidad de 100 pesos, los mismos que redimió Doña Isabel Charum, que cargó y situó á censo sobre un colgadero de rafas situado en la calle de la Habana, lindando con la de D. Antonio María de Cárdenas y D. Fernando Basa, con el gravamen de 500 pesos á favor del convento de San Agustín, obligándose á pagar al mismo convento réditos de 5 por 100; que Doña Luisa de Cárdenas hipotecó á D. Juan Antonio García la casa núm. 53 de la calle de la Habana por escritura de 16 de Abril de 1871, cuya casa tenía antes el núm. 26, y que se había tomado razón de la escritura por la cual D. Joaquín Lastres y Guinaste pagó á la Hacienda 500 pesos que reconocía dicha casa:

Resultando que el Secretario del Ayuntamiento de la Habana certificó que la casa calle de dicho nombre que, antes tenía el núm. 25, le correspondió el 51, y que la que en la misma calle tenía el núm. 26, le correspondió el 53, á nombre la primera de Doña Inés Calderón, y la segunda al de D. Pedro R. Armenteros, sin que se indicase que reconocieran imposiciones, y que posteriormente se manifestó en relación jurada que reconocían á varios, sin especificar á quiénes ni la cantidad, que en el padrón de 1882 figuraban las citadas casas números 51 y 53 de la calle de la Habana, la primera á nombre de D. José Giralt y Figarola, y la núm. 53 á nombre de D. Joaquín Lastres y Guinaste, y declarados 500 pesos de capellanía del convento de San Agustín, y 100 pesos al hospital de San Juan de Dios; y que con respecto á la relación del año 1844 aparecía en una, fechada en 9 de Junio de dicho año, gravada la casa calle de la Habana, núm. 25, con 1.000 pesos á favor de la capellanía que mandó fundar el moreno Juan de González:

Resultando que, por último, presentó dos recibos firmados por el Director administrador del Hospital demandante, á favor de D. Joaquín Lastres y Guinaste, por la cantidad el primero de 150 pesos importe del rédito del capital de 100 que reconocía á la casa calle de la Habana, núm. 53, vencido desde 1.º de Agosto de 1852 á igual fecha de 1881, y el segundo por 5 pesos, réditos del propio capital vencido en 1.º de Agosto de 1887:

Resultando que contestando á la demanda Doña Asunción Lastres, solicitó, oponiendo la excepción de falta de personalidad en la de demandada, que se le absolviera de aquélla con las costas á cargo del actor, alegando: que D. Joaquín Lastres adquirió la casa núm. 53, antes 26, de la calle de la Habana, por virtud de remate en juicio ejecutivo seguido contra Doña Luisa de Cárdenas de Pedroso, inscribiéndose en el Registro y certificando el Registrador que la citada casa la hubo la ejecutada de Don Pedro Rafael Armenteros, éste de la Condesa de San Esteban Canongo, y ésta de D. José Laureano Garrido, y que estaban impuestos en ella 500 pesos á favor de San Agustín, y 100 á favor de San Juan de Dios; que el censo de 500 pesos aparecía redimido, por haberlo entregado Lastres á la Hacienda, constando la hipoteca de Doña Luisa de Cárdenas á favor de D. Juan Antonio García y la traslación de los 100 pesos de San Juan de Dios á los nuevos libros del Registro; que en los autos ejecutivos aparecía una liquidación practicada por el actuario, según la que se dejaron en poder de Lastres 750 pesos por los réditos de los últimos treinta años de San Agustín, y 150 para los de San Juan de Dios; que Lastres, después de pagados á San Juan de Dios los treinta años corridos, continuó abonando las anualidades posteriores, como lo comprobaban los recibos que acompañaba, y que la casa de la imposición de los 1.200 pesos tenía el núm. 25, y la que remató Lastres nunca había tenido tal número, según la certificación del Secretario del Ayuntamiento; que á nadie debía exigirse más de aquello á que se obligó, no siendo por tanto posible hacer pasar sobre una finca más cargas que las reconocidas por el comprador, con vista de las constancias del Registro de la propiedad; que desde que existía la ley Hipotecaria y el Registro de la propiedad no podían imputarse á tercero errores ó equivocaciones de gravámenes, cuando el que estuviera al frente de la oficina declarase libres ó gravadas las fincas, ó con éstas ó con las otras cargas; que según jurisprudencia de este Supremo Tribunal, nadie podía ir contra sus propios actos, y si el hospital había convenido ya, no sólo en recibir 250 pesos de treinta años de réditos de 100 y los demás corridos hasta la fecha, sino en trasladar esa imposición á los nuevos libros de registro, era claro que no podía prescindir de aquellos actos para convertir en 1.200 pesos los 100 pesos reconocidos:

Resultando que el hospital, demandante, replicó que el hecho de que

D. Joaquín Lastres, causante de Doña Asunción, sólo reconociera por la escritura de remate el censo de 500 pesos al convento de San Agustín, y de 100 al hospital de San Juan de Dios, no excluiría el otro hecho de que la finca cargase á la vez en favor del mismo hospital el otro impuesto de 1.200 pesos que fundó D. Ma eo Reigadas; que no obstante la alteración de los números de la casa calle de la Habana, 53 hoy, siempre conservó la carga que fundó en ella Reigadas; que este impuesto estaba completamente justificado por confesión de la misma demandada, que reconociendo que la casa Habana, 53 hoy, tuvo antes el 26, según lo expresaba la misma escritura, que había presentado, aceptaba por consecuencia precisa la existencia de este mismo impuesto de Reigadas en su casa Habana, 53, certificado por el Registrador de la propiedad, y que la casa que hoy tenía el núm. 51 y en otros tiempos 25, no había sido ni podido ser la del censo de Reigadas, porque éste se fundó en finca libre de gravamen, y la del núm. 51 hacía ya cincuenta años que estaba afecta á la capellanía de Benito de la Riva, como lo comprobaba la escritura que se acompañaba, aparte del lindero de la casa de Reigadas con la de D. Juan Tomás Cotilla, que estaba ya demostrado hoy ser el núm. 51 de la calle de la Habana:

Resultando que la demandada sostuvo en el escrito de dúplica que la casa en que Reigadas hizo la imposición no podía ser la que ella poseía, porque D. Pedro Rafael Armenteros era dueño de muchas casas en aquella capital, y las procedencias ó causantes eran distintos desde hacía cerca de un siglo: que la casa núm. 25 antiguo de la calle de la Habana, donde en 1778 reconoció Reigadas los 1.300 pesos, era ya en aquella fecha de rafas y tejas, según se consignaba en la misma escritura de imposición, y además estaba libre de gravamen; que la casa hoy núm. 53 era en 1777 un mero colgadero, y ya en aquella fecha reconocía 500 pesos á favor del convento de San Agustín, y todavía era un colgadero en 1791 cuando Doña Juana Cabello, dueña entonces de dicho colgadizo, reconoció sobre el mismo 100 pesos á favor del hospital de San Juan de Dios, deduciéndose de estos hechos que el colgadizo, propiedad de la Cabello en 1791, y que desde 1777 reconocía 500 pesos á favor de San Agustin, y que hoy era la casa núm. 53, no podía ser la casa de rafas y tejas que en 1778 estaba libre de gravamen cuando Reigadas reconoció sobre ella 1.200 pesos á favor de San Juan de Dios:

Resultando que suministrada prueba por las partes, se mandó para mejor proveer traer á los autos certificación expresiva de la inscripción de la mencionada casa calle de la Habana, núm. 53, de los nombres de los dueños que hubiera tenido, gravámenes que pesaran sobre ella y numeración con que respectivamente hubiera aparecido, y que el Registrador de la propiedad libró certificación que contiene los asientos referentes á la casa calle de la Habana, núm. 53, antes 26, inscrita á nombre de Doña Asunción Lastres y Juiz, con los antecedentes, que ya constaban de autos referentes á la citada casa, sin que resultase impuesta en ella el censo de que se trata y sí el de 100 pesos á favor del Hospital Real de San Juan de Dios, y 500 pesos impuestos á favor del convento de San Agustín, que constaba redimido por la Hacienda á favor de D. Joaquín Lastres; y que por escritura de 16 de Marzo de 1778, D. Mateo Reigadas otorgó imposición de 1.200 pesos sobre la casa calle de la Habana, núm. 25, á favor del convento de San Juan de Dios, lindante dicha casa con el Coronel D. Juan del Castillo y Doña Luisa Sánchez, no estando este asiento relacionado en los anteriores ni tampoco cancelado:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó en 2 de Mayo de 1890 sentencia confirmatoria con las costas de la de primera instancia, declarando con lugar la excepción de falta de personalidad alegada por Doña Asunción Las-

tres, y sin lugar la demanda establecida contra ella por el hospital de Nuestra Señora de las Mercedes, con las costas á su cargo:

Resultando que el hospital de Nuestra Señora de las Mercedes ha interpuesto recurso de casación, alegando que se ha prescindido en la sentencia de la certificación del Registrador de la Habana, que prueba que en 1810 el censo fundado por D. Mateo Reigadas á favor del hospital gravaba la casa núm. 26 de la calle de la Habana, lo cual probaba que se había cambiado la numeración de esta casa, pues que cuando Reigadas fundó el censo tenía el núm. 25 y exactamente los mismos linderos, repitiéndose el mismo núm. 26 con iguales linderos y censo en las sucesivas transmisiones de este inmueble; que se había prescindido también de la certificación de la Secretaría del Ayuntamiento de la Habana, en la cual se hacía constar que la casa núm. 26 de la calle de la Habana tomó el núm. 53 el año 1862 al hacerse la nueva numeración con la acera de pares é impares hoy existentes, y que antes de realizarse este cambio, constaba en el Ayuntamiento la casa núm. 26, en virtud de manifestación espontánea de su dueño, como gravada con el censo indicado á favor del hospital de San Juan de Dios, y después de rectificada la numeración también los dueños de la casa núm. 53, que vino á sustituir al 26, al manifestar las rentas de la casa consignaron el mismo censo; que se suponía en la sentencia que el gravamen de que se trataba no estaba inscrito en el Registro de la propiedad cuando el Registrador certificaba de varios asientos en que constaba, y precisamente en la certificación que el Juez reclamó para mejor proveer se añadía que tal asiento del gravamen no estaba cancelado y suponía, también la sentencia, siendo uno de sus principales fundamentos que el Ayuntamiento había certificado que el núm. 53 de la calle de la Habana no había sido nunca 25, y el Ayuntamiento no había dicho nunca semejante cosa, sino que se limitaba á certificar que de los datos que allí constaban y procedían de fecha relativamente próxima, no aparecía que el número 53 hubiera sido 25, lo cual no era extraño, puesto que este último número lo había perdido ya la casa de que se trataba en 1810; y que estos errores habían dado lugar á las siguientes infracciones:

1.ª El art. 1690, núm. 7.º, de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba, que al autorizar este recurso por error de hecho, envolvía el precepto obligatorio para el Juez de apreciar todos los documentos que se presentaban en el juicio, sin prescindir de ninguno; y además las sentencias de 1.º de Marzo y 11 de Diciembre de 1886, 29 de Abril de 1885 y 27 de Febrero y 3 de Abril de 1888, con otras muchas que confirmaban esta doctrina; artículos y sentencias que habian sido infringidos por prescindir el Tribunal de los documentos públicos referidos:

2.ª Los artículos 595, números 1.º, 3.º y 4.º, y 596, núm. 1.º, de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba, que señala la eficacia de los documentos públicos y definen cuáles son éstos, toda vez que la sentencia no había dado el valor debido á las escrituras y certificaciones del Registrador de la propiedad y del Ayuntamiento, que quedaron reseñadas, y que reunían todas las condiciones necesarias para tener completa eficacia y valor, porque los demandados no habían puesto en duda su autenticidad:

Y 3.ª El art. 410 de la ley Hipotecaria de Cuba, que dice que los asientos hechos en los libros antiguos del Registro de la propiedad tienen completo valor y eficacia lo mismo que los hechos en los libros nuevos; toda vez que la sentencia no daba el valor debido á las inscripciones hechas en el Registro, y que constaban de las certificaciones del Registrador, como también que dichas inscripciones no estaban canceladas cuando el padre y causante de la demandada compró la casa núm. 53 de la calle de la Habana, siquiera no hubiera mencionado la carga en la escritura de adquisi-

ción, lo cual era claro que no desvirtuaba el valor y la eficacia del gravamen.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la sentencia no incurre en el error de hecho que se supone en el motivo 1.º del recurso, ni infringe los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil de la isla de Cuba, que se invocan en el segundo, porque la Sala sentenciadora, sin prescindir de ningún documento importante ni desconocer su eficacia, examina y aprecia todos los que son de verdadero interés para el pleito, concediendo á cada uno de ellos el valor que le corresponde; y en vista del resultado que ofrecen forma su juicio, que se funda, entre otras pruebas, en que el censo de 1.200 pesos, según aparece de la escritura de imposición, se constituyó sobre la casa núm. 25 de la calle de la Habana; en que á esta casa, conforme certifica el Ayuntamiento, se la asignó el núm. 51 al variarse la numeración en 1862; en que la casa núm. 53, antes 26, no se halla gravada con otros censos que el de 500 pesos, que se redimió á favor del suprimido convento de San Agustín, y el de 100 pesos á favor del hospital recurrente; y en que los libros exhibidos por éste adolecen de toda clase de informalidades; por lo cual, aparte de otras razones, establece en conclusión, que el demandante no ha justificado el derecho que ejercita:

Considerando que la sentencia tampoco infringe el artículo de la ley Hipotecaria citado en el motivo 3.º, toda vez que de las certificaciones expedidas por el Registrador de la propiedad, especialmente de la que se reclamó para mejor proveer, resulta que los asientos hechos en los antiguos libros y trasladados á los nuevos se refieren al censo, reconocido y pagado, de 100 pesos, impuesto en la casa núm. 53, antes 26, no al de 1.200 pesos, que si bien no está cancelado, se constituyó y subsiste sobre la casa que primero tuvo el núm. 25, sin que se halle inscrito en el Registro como gravamen que afecte á la otra finca;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el hospital de Nuestra Señora de las Mercedes, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

158

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (26 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Indemnización de daños y perjuicios.*—No ha lugar al interpuesto por Doña María de los Dolores de Sotolongo en pleito con el Ayuntamiento de la Habana (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que el error de hecho del Tribunal sentenciador en la apreciación de la prueba ha de referirse á aquellos hechos de que se deriva el precepto legal en que descansa la sentencia reclamada:

Que la existencia de daños y perjuicios, como cuestión de hecho, es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora, y declarando ésta que no los ha probado la parte actora, no es de estimar la infracción de las leyes 16, título 22, Partida 3.ª; 3.ª, tít. 15, y 18, tít. 34, Partida 7.ª, y de los artículos 61 y 62 de la antigua ley de Enjuiciamiento de Cuba, ó sean el 358 y 359 de la moderna:

Que no aprovecha en el recurso de casación citar como fundamento del mismo las leyes y doctrina que consignan el principio de que los daños y per-

juicios debe abonarlos aquel que los causó, si el Tribunal sentenciador, por el resultado de los hechos y pruebas aducidas en el juicio, declara que no está probada la existencia de tales daños.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Mayo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del Este de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por Doña María de los Dolores de Sotolongo y Cabrera, Marquesa viuda de la Real Proclamación y de la Real Campiña, propietaria, vecina de la Habana, como albacea administradora de la testamentaría de su marido D. Manuel Rafael Recio de Morales, con el Ayuntamiento de aquella ciudad, sobre indemnización de daños y perjuicios; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación el Doctor D. Francisco Lastres y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez, habiéndolo estado la parte recurrida por el Doctor D. Germán Gamazo y el Procurador D. Fidel Serrano:

Resultando que en 31 de Octubre de 1861, el Marqués de la Real Proclamación D. Manuel Rafael Recio de Morales, presentó una instancia al Corregidor de la Habana, Presidente de su Ayuntamiento, acompañando por duplicado los planos de las casas que trataba de fabricar en el terreno en que existían las antiguas, que por amenazar ruina habían sido demolidas y hacían frente á la plaza de Armas y costado á la calle de los Oficios, para que, con arreglo á lo dispuesto por la Ordenanza municipal, corriera sus trámites y se aprobara para proceder desde luego á su construcción con la brevedad que la importancia de la obra exigía; y que, sin perjuicio, por el Arquitecto que correspondiera se hiciera el acordelamiento para la continuación y apertura de los cimientos en que había de levantar los edificios trazados, concediéndose al efecto la competente licencia:

Resultando que por decreto de 6 de Noviembre siguiente se dispuso que aquella instancia pasara al Arquitecto del distrito para que informara sobre la alineación que debía darse á la calle de los Oficios, la cual parecía necesario ensanchar atendido el gran tráfico de ella y la que correspondía á la plaza de Armas, teniendo en cuenta el ensanche proyectado por la calle del Obispo; sobre la belleza y regularidad de los planos del edificio y sobre la altura de cada piso; y con vista del informe de dicho Arquitecto y del que emitió después la sección sexta, á quien se mandó pasar con igual objeto el expediente, favorables ambos al ensanche de las calles; diciéndose, en el último, que se formase un plano de la calle de los Oficios, entre la plaza de Armas y San Francisco por la acera del Este, dejando la calle de diez metros de anchura, á expensas de las casas de dicha acera; que este ensanche se llevase desde luego á ejecución en los terrenos del Marqués de la Real Proclamación, previa tasación y pago del que se le expropiase; que el acordelado del callejón de Justir se hiciera guardando la línea recta de la calle, desapareciendo la oblicuidad que la angostaba en su salida á la de los Oficios; y que, reformados los planos con la deducción del terreno destinado á calles, se concediese al Marqués la licencia para la edificación, resolvió el Ayuntamiento en cabildo ordinario de 29 del mismo mes de Noviembre de 1861, de conformidad con lo propuesto por la sección informante, y que estimulase á los Arquitectos para que presentaran cuanto antes los planos de la reforma de la calle del Obispo, que se formara el plano de la de los Oficios y se estudiase la conveniencia del ensanche del callejón de Justir:

Resultando que el Marqués de la Real Proclamación dirigió otra instancia al Gobernador Corregidor de 25 de Enero del siguiente año con diferentes consideraciones encaminadas á demostrar lo improcedente de lo actuado con relación al proyecto de ensanche aludido, y á la petición de

licencia para fabricar en sus terrenos, haciendo presente que con el ensanche pretendido se infería un ataque al sagrado derecho de propiedad, siendo él el único perjudicado directamente por haber derribado su propiedad, compelido á ello por el Gobernador, y no querer después despacharle la licencia para edificar, protestando después contra la referida Autoridad y contra quien hubiese lugar todos los daños y perjuicios que se le había ocasionado y se le seguían originando hasta el despacho de la referida licencia, y sin que fuera concebible que la moción hecha por el repetido Gobernador sobre el proyecto de ensanchar la calle del Obispo al extremo que lo pretendía, pudiera servir de obstáculo para demorar la edificación de las casas que por su propia autoridad le había mandado derribar y construir, y mucho menos el acordelamiento y licencia con grave perjuicio de sus intereses, pues ya tenía abiertos cimientos, acopiados materiales y parados un gran número de trabajadores; y solicitando, por último, que se le despachase en el día la licencia que tenía pretendida, admitiéndosele las protestas establecidas, y á esta segunda instancia acordó el Ayuntamiento en 21 de Junio del mismo año 1862 que se atuviese á lo resuelto en cabildos anteriores acerca del ensanche de las calles del Obispo y de los Oficios, cuyos proyectos habían sido remitidos á la aprobación del Gobernador superior político:

Resultando que el Marqués acudió á esta última Autoridad para que se le concediera la expresada licencia, y previo informe del Ayuntamiento se resolvió por el Gobernador en 1.º de Septiembre del mismo año que quedase en suspenso la concesión del permiso solicitado por aquél hasta tanto se encontrase terminado el expediente de la materia, á no ser que deseara fabricar con arreglo á la nueva alineación, en cuyo caso podía concederse la correspondiente licencia, contra cuya resolución entabló el Marqués demanda contencioso-administrativa ante el Consejo de administración de la isla, que dictó sentencia en 22 de Septiembre de 1864; y habiendo deducido contra ésta los recursos de apelación y nulidad para ante el Consejo de Estado, recayo el Real decreto de 11 de Marzo de 1867, por el que, de conformidad con lo consultado, se declaró nulo todo lo actuado ante el Consejo de administración de la isla:

Resultando que el Gobierno superior civil de la isla en 17 de Octubre de 1864 había aprobado y declarado de utilidad pública el proyecto de ensanche de las calles referidas, que debería realizarse á medida que se fueran derribando los edificios de las mismas, para lo cual el Ayuntamiento principiaría á efectuar las indemnizaciones correspondientes, sujetándose á los Reales decretos de 15 de Diciembre de 1841 y 10 de Julio de 1858 é instrucción de 20 de Julio de 1861, y habiendo acudido de nuevo el Marqués de la Real Proclamación al Ayuntamiento en Septiembre de 1870, en solicitud de su licencia para edificar, acordó la Corporación, en sesión de 25 de Noviembre del mismo año, que se concediese al Marqués licencia para fabricar en los terrenos consabidos, con arreglo al proyecto aprobado, abonándosele el terreno que fuera de expropiarse; de cuyo acuerdo se alzó el Marqués ante el Gobierno superior político, el que, de conformidad con lo que informó el Consejo de administración, resolvió en 10 de Noviembre de 1871 que si el Ayuntamiento podía acometer desde luego todas las obras de ensanche y pagar las indemnizaciones para llevar á cabo de una vez el proyecto de reforma de las calles del Obispo y de los Oficios y callejón de Justir, aprobado por aquel Gobierno, procediera previa indemnización á la expropiación de los terrenos precisos correspondientes al Marqués de la Real Proclamación, con arreglo á la ley de Diciembre de 1841, reglamento de 1848 é instrucción de 1861; pero que si la situación económica de la municipalidad no le permitía ejecutar los proyectos en esta forma, se le concediese la licencia al citado Marqués para

que pudiese edificar las casas dentro de su solar y con la alineación que tenían antiguamente:

Resultando que después de nuevas instancias del Marqués para que el Ayuntamiento cumpliera lo resuelto por el Gobierno superior político, reclamó éste de aquél el expediente del asunto y lo devolvió á la Corporación con una comunicación de la Dirección general de Administración civil de fecha 12 de Junio de 1875, en la que se participó al Presidente del Ayuntamiento que el Gobernador general, de conformidad con lo propuesto por aquella Dirección, había tenido á bien resolver en 3 de aquel mes la devolución del expediente, para que con él á la vista cumpliera la Corporación en todas sus partes, y á la mayor brevedad, el acuerdo del Gobierno general de 10 de Noviembre de 1871, dando cuenta de su resultado; y en su virtud, el Ayuntamiento, en sesión ordinaria de 18 del mismo mes de Junio, dispuso que se cumpliese el segundo extremo de la referida resolución del Gobierno general, y en 10 de Julio siguiente entregó al Marqués de la Real Proclamación la licencia para edificar en sus terrenos, con sujeción á las antiguas alineaciones:

Resultando que Doña María de los Dolores Sotolongo y Cabrera, Marquesa viuda de la Real Proclamación, en el concepto de albacea administradora de la testamentaría de su difunto marido, dedujo en la Habana en 13 de Febrero de 1884 la demanda de este pleito, con la solicitud de que se condenara al Ayuntamiento de aquella capital á indemnizar á la testamentaría que representaba los daños y perjuicios que había ocasionado á su difunto marido, denegándole injustificadamente unas veces, y suspendiéndole otras la licencia que pidió para edificar en el terreno de su propiedad, calle del Obispo, esquina á la de los Oficios y callejón de Justir, desde la fecha de la denegación, 29 de Noviembre de 1861, hasta la concesión definitiva de dicha licencia, acordada por el Gobierno general de la isla, cuya indemnización de daños y perjuicios se justipreciaría en el juicio correspondiente; diciendo en su apoyo que el Ayuntamiento demandado, al tiempo de pedir la licencia el difunto Marqués, no sólo no había proyectado el ensanche de las calles susodichas, sino que su estado no le permitía, aun supuesta la aprobación del proyecto, el ejecutar la obra, y que la denegación de dicha licencia, no sólo había privado al Marqués de los naturales productos de su propiedad, sino de las demás conveniencias que nacían de una propiedad situada en el mejor sitio de la ciudad, siendo estos daños y perjuicios del exclusivo cargo de la Corporación municipal:

Resultando que no habiendo comparecido en tiempo oportuno el Ayuntamiento demandado, y acusada la rebeldía, se tuvo por contestada la demanda, y evacuado por la demandante el trámite de réplica en el que reprodujo su demanda, utilizó el Ayuntamiento el de dúplica, solicitando se desestimase dicha demanda con imposición de costas á la demandante, y al efecto hizo relación detallada de la tramitación de los expedientes seguidos por el Marqués ante aquella Corporación municipal y de los recursos que estableció ante las Autoridades gubernativas y administrativas, haciendo notar que el acuerdo del Ayuntamiento de 29 de Noviembre de 1861 había sido consentido por el Marqués de la Real Proclamación, quien en su instancia de 25 de Enero de 1862 se había limitado á protestar contra lo acordado en el sentido de que reclamaría daños y perjuicios de quien hubiese lugar, alegando además en otras consideraciones de derecho: que la Autoridad competente para conceder licencias de fabricación lo es el Ayuntamiento, quien tanto por la ley vigente como por la de 8 de Enero de 1841, puede otorgar ó denegar las licencias cuando éstas se ajusten ó no á las ordenanzas de la materia, siendo obligación suya cuidar de la mejora material de la población, procurando las obras de utilidad pública, y atendiendo á la formación y alineación de calles; que el

Ayuntamiento demandado no se negó á conceder la licencia que pidió el Marqués, sino que se abstuvo de otorgarla en uso de sus atribuciones, en atención á que de un momento á otro debía aprobarse su proyectado ensanche; que de todos modos, los acuerdos de los Ayuntamientos causan ejecutoria si no se reclama contra ellos en tiempo y forma, y una vez consentidos no pueden los interesados reclamar los daños y perjuicios que les hayan podido ocasionar, y que, por último, habiendo sido confirmado por el Gobierno superior político el acuerdo de aquel Ayuntamiento, que pudo parar perjuicio al Marqués, acordando que no se le concediese la licencia y que quedase en suspenso su solicitud hasta que estuviese terminado el proyecto de ensanche, había quedado completamente salvada la responsabilidad de la Corporación municipal, mucho más por el Real decreto de 11 de Marzo de 1867, había sido declarado nulo todo lo actuado ante el Consejo de administración de la isla, y firme lo anteriormente resuelto por el Gobierno general:

Resultando que el Juez de primera instancia del Este de la Habana dictó sentencia en 5 de Febrero de 1889, y la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad la confirmó en 5 de Abril de 1890, absolviendo al Ayuntamiento de aquella capital de la demanda establecida por Doña María de los Dolores de Sotolongo y Cabrera, como albacea administradora de los bienes quedados al fallecimiento de su consorte D. Manuel Rafael Recio de Morales y Sotolongo, sin hacer especial condenación de costas de ambas instancias:

Resultando que con el depósito de 2.500 pesetas interpuso Doña María de los Dolores de Sotolongo y Cabrera recurso de casación, presentándolo comprendido en los párrafos primero, segundo y séptimo del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil para las islas de Cuba y Puerto Rico, por razón de los siguientes motivos:

1.º Por infracción de la doctrina contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de Octubre y 5 de Diciembre de 1882, 27 de Octubre y 31 de Diciembre de 1883 y otras varias, de que los Tribunales no pueden apreciar la prueba con error de hecho, si éste resulta de documentos ó actos auténticos, en el concepto de que la sentencia recurrida estima probado que al solicitar el Marqués de la Real Proclamación la licencia para edificar en sus terrenos estaba proyectado el ensanche de la calle en que pretendía hacerlo, cuando no es eso lo que dice el certificado auténtico expedido por el Secretario del Ayuntamiento de la Habana, llevado á los autos en el período de prueba, y cuando los mismos resultandos de la sentencia reconocen que con motivo de la expresada solicitud, el Ayuntamiento pidió informe al Arquitecto municipal, y éste lo evacuó en el sentido de que se formase un plano de la calle de los Oficios, que es la aludida, al cual se ajustase la edificación del Marqués, negándose la licencia solicitada interin se llevaba á cabo el ensancbe de que habla el informe, habiéndose infringido muy principalmente por dicha apreciación de prueba las leyes 114 y 115, libro 18, Partida 3.ª, porque contra lo dispuesto en ella, en relación con el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, que es el 596 de la moderna vigente en Cuba, se desatiende y desconoce el valor probatorio de los documentos públicos traídos en forma al pleito:

2.º Por infracción de la misma doctrina y leyes citadas en el anterior motivo, en que incurre la sentencia al apreciar que la recurrente no ha justificado la realidad de los daños y perjuicios reclamados en la demanda, toda vez que del certificado municipal mencionado resulta indudable que desde el 31 de Octubre de 1861, en que se solicitó la licencia de edificar, hasta 10 de Julio de 1875, en que fué concedida, medió un lapso de tiempo de catorce años, durante el que el Marqués de la Real Proclamación no pudo hacer edificación alguna, y se vió privado de obtener los naturales produc-

tos de sus propiedades, por lo que al estimar la Sala sentenciadora en contra de esto, que no se ha probado la realidad de los perjuicios, comete evidente error de hecho, con infracción de las leyes citadas, que declaran la fuerza y eficacia de los documentos públicos, al mismo tiempo que infringe también la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, en relación con el art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, ó sea el 358 de la moderna, negando la resolución de una cuestión debatida en el litigio por equivocada apreciación de prueba:

3.º Porque al estimar la Sala sentenciadora como necesaria la prueba de la realidad de los daños en el sentido de haberse de determinar cuáles y cuántos fueron, siendo así que la realidad y existencia legal de los daños y perjuicios no es la fijación de los que fueron, sino la determinación de que los hubo, y apareciendo probado este hecho por lo dicho en los anteriores motivos, y por la más sencilla observación de lo sucedido, ha infringido la doctrina corriente de este Tribunal Supremo, establecida, entre otras muchas sentencias, en las de 11 de Febrero de 1865, 25 de Febrero de 1867 y 27 de Febrero de 1874, de acuerdo con el art. 62 de la ley antigua de Enjuiciamiento civil, que es el 359 de la moderna, de que la sentencia debe condenar al abono de daños y perjuicios, con solo que su existencia se haya probado, aun cuando deba quedar para otro juicio la determinación de su importe, así como la ya citada ley 16, tít. 22 de la Partida 3.ª y artículos concordantes de la de Enjuiciamiento civil:

4.º Porque la sentencia incurre también en error de derecho en la apreciación de la prueba, al estimar que no se ha probado la realidad de los daños y perjuicios, infringiendo la doctrina legal consignada en las sentencias de casación de 7 de Enero de 1861, 26 de Enero de 1866, 27 de Junio de 1868, 29 de Noviembre de 1876 y otras, según las que el demandante no está obligado á probar los hechos que afirma y no se le niegan ni contradicen en el juicio, en virtud de cuya doctrina la recurrente, en el supuesto inaceptable de que no haya probado cuanto debía, estaba relevada de hacer prueba desde el momento en que la Corporación demandada no negó, según resulta de la súplica, ni de cerca ni de lejos la existencia de los daños y perjuicios, fundada en el retraso de la licencia, habiéndose limitado el Ayuntamiento demandado á negar su responsabilidad por otros motivos que en nada afectan á la existencia real de los daños y perjuicios demandados:

Y 4.º En la infracción de la ley 3.ª, tít. 15, Partida 7.ª, que dispone que el daño puede ser demandado al que lo hizo cuando aviniese por su culpa, del axioma de derecho de que nadie deba sufrir un mal por hechos de otro, establecido, al mismo tiempo que en la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la regla 18, tít. 34, Partida 7.ª, y del principio jurídico, de que el que cause un mal debe indemnizar al perjudicado, según lo establecido por este Tribunal Supremo en sentencias de 4 de Junio de 1874, 7 de Diciembre de 1873 y 16 de Diciembre de 1880, todo en relación con el principio general que asimila las personas jurídicas á las naturales, en cuanto á la responsabilidad de los actos ejecutados por culpa, con el otro principio general de que cada uno responde de sus actos, con el sentido de las leyes fundamentales de la Nación, en que sólo se excluye de responsabilidad al Jefe del Estado, con el de las leyes que regulan las funciones de los Ayuntamientos, consignado bien terminantemente en el art. 180 de la vigente, y con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la que se ha impuesto muchas veces á las Corporaciones municipales la responsabilidad de sus acuerdos, cuando por ellos se han causado daños y perjuicios á los intereses de los particulares, toda vez que constando probado, como lo reconoce la sentencia, que el Ayuntamiento de la Habana negó al Marqués de la Real Proclamación la licencia solicitada para edifi-

car en sus terrenos, y resultando que al hacerlo así, sin haberse aprobado ni aun proyectado el ensanche de las calles de donde se trataba de edificar, infringió el Ayuntamiento lo fundamental de la ley de Expropiación forzosa, las Ordenanzas y disposiciones legales sobre ensanche de calles y licencias de edificación, y el precepto contenido en el art. 10 de la Constitución del Estado, según el cual nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa indemnización de lo expropiado, texto que se armoniza con el sagrado derecho de disponer que las leyes conceden á los propietarios en sus fincas, y resultando igualmente que después de catorce años de expedientes y tramitaciones inútiles, el Ayuntamiento de la Habana, impotente para realizar el ensanche solicitado, tuvo que conceder la licencia sin limitaciones, prueba palpable de su error, es evidente que la sentencia que con tales bases absuelve al demandado, infringe todas las disposiciones y preceptos citados en este motivo, librando de responsabilidad á quien no puede menos de serle imputable la de los daños y perjuicios causados por sus infracciones de las leyes y de sus errores.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia no infringe las leyes y doctrina que se citan en el primer motivo, porque el hecho de si estaba ó no proyectado el ensanche de las calles del Obispo y Oficios cuando el Marqués de la Real Proclamación pidió licencia al Ayuntamiento de la Habana para edificar en el solar de su propiedad, en nada afecta al fundamento legal del fallo recurrido, y el error de hecho del Tribunal sentenciador en la apreciación de la prueba ha de referirse á aquellos hechos de que se deriva el precepto legal en que descansa la sentencia reclamada:

Considerando que carecen manifiestamente de fundamento legal los motivos 2.°, 3.°, 4.° y 4.° repetido, porque la existencia de daños y perjuicios, como cuestión de hecho, es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora, y ésta ha declarado en la sentencia recurrida que no los ha probado la parte actora; y no aprovecha en el recurso de casación citar como fundamento del mismo las leyes y doctrina que consignan el principio de que los daños y perjuicios debe abonarlos aquel que los causó, si el Tribunal sentenciador, por el resultado de los hechos y pruebas aducidas en el juicio, declara que no está probada la existencia de tales daños:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María de los Dolores de Sotolongo y Cabrera, Marquesa viuda de la Real Proclamación, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito de 2.500 pesetas que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

159

RECURSO DE CASACIÓN (26 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad.*—No ha lugar al interpuesto por D. Ricardo Catarineu y otro en pleito con Doña María del Pilar Natalia López Grado (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que la ley 1.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilación se refiere á la validez y eficacia de los contratos y obligaciones con relación á su forma, y no á la inteligencia y alcance de los mismos, cuando su validez se halla reconocida por ambas partes:

Que la sentencia que absuelve de la demanda resuelve todas las cuestiones discutidas en el pleito, y no infringe, por tanto, la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, ni el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que no es de estimar el error de hecho que menciona el caso 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando la sentencia reclamada se ajusta á lo estipulado por las partes, cuando las cuestiones á que el supuesto error se refiere no han sido discutidas en el pleito, y cuando ni se citan determinadamente ni menos han venido al recurso los documentos de que se pretende derivar el pretendido error de hecho cometido por la Sala sentenciadora en la apreciación de la prueba.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Mayo de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta misma corte, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, por D. Ricardo Catarineu y Olarria, empleado, como marido de Doña Esperanza López Grado, y D. Faustino López Grado, dependiente de comercio, con Doña María del Pilar Natalia López Grado y Pedro Valero, todos de esta vecindad, sobre pago de cantidad é intereses de demora, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandantes, y en su defensa y representación el Letrado D. Felipe García Mauriño y el Procurador D. Francisco Morales, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Vicente Romero Girón y el Procurador D. Ramón Conesa:

Resultando que adjudicada en 3 de Enero de 1860 la construcción de la carretera de las Arriondas en Oviedo por la cantidad de 3.199.000 reales á D. José Onofre López Grado, celebró éste para tal objeto un contrato de Sociedad con su hermano D. Pedro, que hicieron constar en escritura pública de 26 de aquel mismo mes de Enero, en la que, después de dejar establecido que el susodicho remate quedaba cedido á la Sociedad; que el depósito hecho de 330.000 reales pertenecía á D. Pedro, quien se obligaba á anticipar los fondos necesarios hasta la terminación de la obra; que el Don José Onofre llevaría la cuarta parte de las ganancias y utilidades, previa liquidación de gastos y cantidades percibidas; y que el D. Pedro anticiparía al D. José 12.000 reales anuales mientras durase la construcción, cuya suma se bajaría en la cuarta parte de las ganancias y utilidades, y si no hubiese de éstas nada, devolvería al D. José Onofre, pero si hubiera pérdidas, abonaría la cuarta parte de éstas, mas sin exceder de la cantidad señalada y percibida por D. José, en cuyo caso sólo devolvería la mitad de la suma total que hubiese percibido, cualesquiera que fuesen las pérdidas; pactaron en la cláusula 7.ª que la administración de dicha carretera correría á cargo de D. José Onofre, que cobraría todas las letras y fondos que al efecto había de librarle su hermano D. Pedro; en la 8.ª, que D. José Onofre se obligaba á dar cuenta documentada á su hermano D. Pedro de las cantidades que hubiera percibido é invertido en las obras, para que si éste las hallaba conformes las prestara su debida aprobación, y en la 9.ª, que cuando se practicase la liquidación definitiva de las ganancias ó pérdidas en su caso que á la Sociedad produjera la construcción, habían de tenerse en cuenta los quebrantos y beneficios de los giros, gastos de escritura, de subasta, de constitución de la Sociedad, contribución y demás desembolsos relativos al negocio:

Resultando que Doña Esperanza y D. Faustino López Grado, hijos y herederos de D. José Onofre, representada aquélla por su marido D. Ricardo Catarineu, dedujeron en esta corte en 22 de Julio de 1889 la demanda de este pleito contra Doña Pilar Natalia López Grado, exponiendo, además de lo referido: que bajo las bases establecidas en la susodicha escritura se principiaron las obras de la carretera bajo la vigilancia y administración

del padre de los demandantes, quien cumplió rigurosamente con los compromisos contraídos, hasta que en Julio de 1881 le separó su hermano Don Pedro de la administración, prescindiendo del mismo contrato por haber encontrado excesiva una cuenta de gastos que le presentó; que hasta dicha fecha se habían gastado en las obras 173.737 pesetas, con inclusión de las 16 mensualidades de anticipos á cuenta de las utilidades, y además 7.065 pesetas que importaban los gastos generales de administración y de viajes, visitas de los ingenieros y otros; siendo de presumir que esta última cuenta hubiera sido la causa de la desavenencia, pues las demás estaban justificadas; que la cantidad cobrada del Gobierno por D. Pedro López Grado en los años 1860 al 1864, en unión del saldo de la liquidación final aprobada por Real orden de 26 de Enero de 1885, ascendía á 836.273 pesetas 20 céntimos; que además hacían presente que en 9 de Abril de 1885 dirigió el Don Pedro una exposición al Ministerio de Fomento ratificando la que su hermano D. José Onofre había presentado en 20 de Enero anterior para que se le recibiese la carretera, se le abonara el afirmado que se le había mandado levantar y se le hiciese la liquidación general para pago de las obras; con cuyo hecho vino D. Pedro á reconocer á los hijos de su hermano Don José, que para aquella fecha había ya fallecido, con opción al percibo de las liquidaciones que habían de hacerse efectivas del Gobierno, gestionando todo ello, no como rematante, sino como apoderado de los demandantes; que el Ministerio de Fomento lo reconoció así por Real orden de 22 de Abril de 1885, estableciendo que D. Pedro sólo había gestionado y sido reconocido como apoderado de los herederos de D. José Onofre, y que terminado el apoderamiento por la mayoría de edad de éstos, procedía anular la liquidación extendida á su nombre, pues la Administración sólo reconocía como contratista á la persona con quien contrató; que, por lo tanto, dicha Real orden anuló la ya citada de 26 de Enero del mismo año, pasando la liquidación á los herederos de D. José Onofre, pero que D. Pedro debió obtener alguna sentencia de los Tribunales en virtud de la cual retiró su fianza y el saldo de la liquidación final, que ascendía á 87.662 pesetas; que además de esto se hallaba pendiente de resolución en el Consejo de Estado el abono de intereses por las sumas debidas y no pagadas hasta 1885, cuyo importe había de incluirse en la liquidación total para determinar la cuarta parte de las utilidades correspondientes á D. José Onofre, con arreglo á la escritura social, de cuya cuarta parte pertenecía la mitad á los demandantes; y que D. Pedro López Grado había fallecido en 18 de Agosto de 1888 dejando una sola hija, la demandada Doña María del Pilar Natalia; é invocando los fundamentos legales que estimaron oportunos, y haciendo notar, por último, que D. Pedro López Grado percibió en la liquidación final 836.276 pesetas, de las que su hermano D. José Onofre sólo intervino 173.727, por lo que existía un beneficio á rectificar de 662.546, cuya cuarta parte, importante 165.636 con 50 céntimos, correspondía á los hijos de D. José Onofre, y la mitad de esta suma 82.818 con 25 céntimos, á los demandantes, sin perjuicio de los intereses pendientes de reclamación, concluyeron con la solicitud de que se condenase á Doña Natalia López Grado al pago de la mitad de la cuarta parte de utilidades estipuladas en el contrato mencionado, ó sean 82.818 pesetas 25 céntimos, y al de los intereses legales de demora y costas:

Resultando que Doña Natalia López Grado compareció en los autos por su propio derecho, en virtud de haber acreditado que tenía entablada demanda de divorcio con su marido D. Gabino Costales; y habiendo dejado transcurrir el término legal sin contestar la demanda, se tuvo por contestada y se recibió después el pleito á prueba, por haber renunciado la parte demandante el trámite de réplica; habiéndose traído á los autos por los demandantes como únicas pruebas una certificación expedida por

el Ordenador de pagos del Ministerio de Fomento, en la que se hace constar que por las obras de la carretera de las Arriondas se abonaron á Don Pedro López Grado desde Octubre de 1860 hasta Noviembre de 1886, en que se le satisfizo el saldo final, 41 libramientos, importantes 836.373 pesetas 21 céntimos, según liquidación aprobada por Real orden de 26 de Enero de 1885; otro certificado del Tribunal de Cuentas, del que resulta que la suma abonada á D. Pedro López Grado por el saldo susodicho fué la de 86.515 pesetas 28 céntimos; una cuenta sin fecha ni firma que dijeron hallarse extendida de puño y letra de D. José Onofre, jurando no haber tenido antes noticia de ella, en cuyo epígrafe se dice: «Cuenta de la carretera del Infiesto con mi hermano»; y tres cartas suscritas por D. Pedro López Grado, que la demandada no reconoció, observando que nunca había vivido en su compañía, razón por la que no reconocía su letra:

Resultando que evacuado por la parte actora el escrito de conclusiones, utilizó este trámite la demandada para solicitar que se desestimara la demanda con la consiguiente imposición de costas, alegando al efecto que los demandantes no habían justificado su personalidad como herederos de D. José Onofre; que no habían probado el cumplimiento de la condición 8.ª del contrato, en la que se obligó á D. José Onofre á dar cuenta documentada de las cantidades invertidas en la obra para su aprobación por su hermano D. Pedro; que los documentos presentados de contrario durante el término de prueba, ni habían sido reconocidos ni comprobaban la exactitud de lo dicho en la demanda, pues las cartas justificaban que D. José Onofre estaba al frente de las obras seis meses después de lo que se decía en la misma demanda, y nada contenían que indicaran que hubiera sido separado, siendo de presumir, mientras otras cosas no se probara, que se separó voluntariamente; que el borrador de cuenta tampoco hacía fe alguna, y que el certificado de la ordenación de pagos del Ministerio de Fomento demostraba que los libramientos fueron satisfechos al concesionario D. José, con excepción del saldo que se pagó á D. Pedro:

Resultando que sentenciado el pleito por los demás trámites de ley y en dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de esta corte sentencia revocatoria en 25 de Noviembre próximo pasado, absolviendo á Doña Natalia López Grado de la demanda deducida por D. Ricardo Catarineu, como marido de Doña Esperanza López Grado, y D. Faustino López Grado, con reserva á las partes del derecho que pueda asistirles para reclamar el cumplimiento de lo convenido por sus causantes en las cláusulas 8.ª y 9.ª de la escritura de Sociedad de 26 de Enero de 1860, sin hacer especial condenación de costas de ambas instancias:

Resultando que D. Ricardo Catarineu, como marido de Doña Esperanza López Grado, y D. Faustino López Grado interpusieron recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, fundado en los siguientes motivos:

1.º En el caso 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque la sentencia infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que establece que de cualquier manera que el hombre se obligue, queda obligado; doctrina constantemente sostenida por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y confirmada en los artículos 1254 y 1278 del Código civil; en el concepto de que, no siendo posible dudar de la validez de la escritura de Sociedad celebrada entre los dos hermanos López Grado, cuyo cumplimiento ha sido el objeto de este pleito, no cabe la interpretación que de sus cláusulas hace la Sala sentenciadora, conforme á lo declarado en la sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1873; y siendo, como es, en materia de obligaciones el contrato la ley aplicable en cada caso, según sentencia de este mismo Tribunal de 17 de Abril del mismo año 1873, es claro que la sentencia recurrida debió ajus-

tarse á lo convenido en el contrato y condenar á Doña Natalia al pago de la mitad de la cuarta parte de utilidades estipuladas, previa la oportuna liquidación, con arreglo á las bases de la escritura; y que al no hacerlo así, ha incurrido en la infracción señalada en este motivo y en la de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que queda citada:

2.º En el caso 2.ª del citado art. 1692, por no ser congruente la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por cuanto habiendo solicitado los recurrentes en su demanda que con arreglo á la escritura de Sociedad celebrada por los hermanos López Grado, se practicase una liquidación de todos los gastos ocasionados por la carretera de las Arriondas, para deducir de ella, en vista de las cantidades percibidas del Gobierno, los beneficios cuya cuarta parte debía corresponder á los herederos de D. José Onofre, fijando una cantidad con arreglo á los datos que tenían, sin perjuicio de lo que después resultase, á los efectos de la cuantía y de la competencia, y porque nada prejuzga el fijar una suma *a priori* tratándose de una liquidación que ha de arrojar la verdadera cantidad, máxime cuando es preceptivo en la ley el fijarla; ó lo que es lo mismo, versando la cuestión debatida sobre si los herederos de D. Pedro estaban ó no obligados al cumplimiento de lo convenido en el contrato, y, por consiguiente, al pago de la cuarta parte de utilidades estipuladas, la Sala sentenciadora, sin citar fundamento legal alguno en apoyo de su resolución, desestima la demanda y reserva á las partes el derecho que pueda asistirles para reclamar el cumplimiento de lo convenido por sus causantes en las cláusulas 8.ª y 9.ª del contrato; es decir, que habiéndose pedido que se verifique una liquidación, se reserva el derecho á las partes para que dicha liquidación se practique, habiéndose infringido por tal motivo el art. 559 de la ley de Enjuiciamiento civil, relativo á que las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando ó absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate; la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, que exige la congruencia entre la materia del pleito y el fallo que se discute, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 2 de Octubre y 25 de Mayo de 1867, que declaran que la sentencia que falla sobre cuestiones que no se han discutido en el pleito y que no han sido objeto de la demanda y de la contestación, infringe la doctrina de que el fallo ha de ser conforme con la demanda y recaer sobre lo alegado y probado:

3.º En el caso 3.º del mismo art. 1692, que establece como motivo de casación el no contener el fallo declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito; en el concepto de que, habiéndose sostenido por los recurrentes que Doña Natalia López Grado debe abonarles la parte de utilidades estipuladas, los intereses legales de lo indebidamente retenido y la parte proporcional de lo que en su día se abone por efecto de la reclamación pendiente en el Consejo de Estado, la sentencia recurrida, fijándose sólo en las cláusulas 8.ª y 9.ª de la escritura, y haciendo caso omiso de la cuestión debatida, no hace declaración expresa sobre aquellos extremos, y se limita á absolver á Doña Natalia y á reservar á las partes sus derechos:

Y 4.º En el caso 7.º del repetido art. 1692, porque al fundarse la sentencia en la falta de cumplimiento de las cláusulas 8.ª y 9.ª de la escritura social, incurre en un error de derecho indiscutible, así como en un error de hecho indudable que resulta de los documentos auténticos presentados, que plenamente demuestran su evidente equivocación, haciéndose en este motivo varias observaciones y razonamientos de los que parecen más relacionados con los errores de hecho y de derecho, invoca

dos los siguientes: que la cláusula 8.ª se había cumplido en todas sus partes, y aun cuando se admitiese la hipótesis de que no se hubiese cumplido, como la parte contraria no había excepcionado en tiempo ni fuera de él, ni reconvenido por esta causa, era claro que había que darla por cumplida; que además esa falta de cumplimiento no sería óbice para la liquidación definitiva, puesto que habiendo sido el fallo de primera instancia condenatorio á practicar la repetida liquidación, lógico era que en ella hubieran entrado todos los gastos que á la carretera afectaban, por lo cual toda vez que D. José Onofre, cumpliendo dicha cláusula, rindió á su hermano las cuentas oportunamente, eran los herederos de D. Pedro los que al practicar la liquidación habían de aportar los justificantes de aquéllas; y que, aparte de esto, según sentencia de este Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1867, todo contrato del que nacen obligaciones recíprocas, cuando por uno de los contratantes se falta á su cumplimiento, no es obligatorio respecto del otro; y por lo tanto, habiendo faltado D. Pedro á lo convenido respecto al pago de la cuarta parte de utilidades estipuladas, no se encontraba D. José Onofre, ni hoy sus herederos, en el caso de cumplir las cláusulas de que nacían obligaciones para ellos.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que no es aplicable á este pleito la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que se supone infringida en el primer motivo del recurso; porque esta ley y la doctrina que en apoyo de la misma se citan, se refieren á la validez y eficacia de los contratos y obligaciones con relación á su forma, y no á la inteligencia y alcance de los mismos, cuando su validez se halla reconocida por ambas partes, como aquí sucede; pues que, afirmándose por los actores y la demandada la eficacia legal de la escritura social que sus causantes otorgaron en 26 de Enero de 1860, ha versado la contienda jurídica únicamente sobre si es ó no exigible la cantidad que reclaman los recurrentes, sin que preceda la liquidación en la forma que estipularon los contrayentes en las condiciones 4.ª, 8.ª y 9.ª de la expresada escritura:

Considerando que tampoco son de estimar los motivos 2.º y 3.º, porque aparte de que los recurrentes no pidieron en su demanda, como con evidente error sostienen hoy en el recurso, que se condenara á Doña María del Pilar Natalia López Grado á que se prestara á practicar liquidación de la Sociedad, con arreglo á la escritura del 26 de Enero, sino que solicitaron se condenase á la demandada al pago de una cantidad determinada con los intereses de demora; la sentencia que absuelve de la demanda resuelve todas las cuestiones discutidas en el pleito, y no infringe, por tanto, el art. 559 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, invocadas por los recurrentes, con tanto más motivo cuanto que la sentencia reserva á la parte actora el derecho de que se crea asistida para practicar la liquidación de la Sociedad:

Considerando que carece igualmente de fundamento legal el 4.º y último motivo alegado, porque la sentencia reclamada se ajusta á lo estipulado por las partes en la escritura social; porque las cuestiones sobre cumplimiento ó incumplimiento de las obligaciones respectivas de los contrayentes no han sido materia de este pleito; y porque ni se citan determinadamente ni menos han venido al recurso los documentos de que se pretende derivar el supuesto error de hecho cometido por la Sala sentenciadora en la apreciación de la prueba;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Ricardo Catarineu y Olarria, como marido de Doña Esperanza López Grado, y D. Faustino López Grado, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á

la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

160

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA EN ASUNTO DE ULTRAMAR (26 de Mayo de 1891).—Sala tercera.—*Pago de rentas de una capellanía.*—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Díaz en pleito con D. Félix Agustín Sánchez (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que no existe el quebrantamiento de forma á que se refiere el núm. 2.º del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, si la falta de personalidad de un litigante se funda en carecer éste de derecho para reclamar rentas de la capellanía para que fué nombrado, por no haber recibido la colación y canónica institución, lo cual afecta á la cuestión de fondo.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Mayo de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia de Santa Clara, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Hăbana, por D. Félix Agustín Sánchez y López, escribiente, vecino de esta ciudad, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con D. Manuel Díaz Arango, del comercio, vecino de Calabazar, representado por el Procurador D. Celestino Armiñán y defendido por el Letrado D. Félix Suárez Inclán, sobre pago de las redituaciones de una capellanía:

Resultando que por escritura de 19 de Abril de 1728, el Capitán Don Juan Pablo Monteagudo, por sí y á nombre de su consorte Doña Manuela Rodríguez y Arciniega, constituyó y fundó una capellanía de misa rezada, imponiendo al efecto la cantidad de 2.500 pesos, á razón de 5 por 100 al año, ó sea á 20.000 el millar, en lo general sobre los bienes de ambos consortes, y especial y señaladamente sobre una casa, sita en la ciudad de Santa Clara, imponiendo 1.000 pesos en ella, otros 1.000 sobre el corral Buenavista, y 500 sobre el hato La Soledad ó Sierrezuelo; obligándose los fundadores á pagar al patrono ó capellán de dicha capellanía 125 pesos en cada un año, estando obligado el poseedor que fué de las fincas al reconocimiento y pago del referido censo, y habiéndose tomado razón de la escritura en la Anotaduría de Hipotecas de dicha ciudad:

Resultando que por escritura pública otorgada en 11 de Julio de 1884, D. Manuel Díaz Arango adquirió de D. Justo Roque y Pérez y Doña Agustina Berrier y Govaur un acotamiento de 25 caballerías de tierra, enclavadas en la hacienda Buenavista, con reconocimiento del censo que le afectaba por virtud de la capellanía referida:

Resultando que incoado expediente en el Tribunal eclesiástico de la Habana por D. Félix Agustín Sánchez y López en reclamación de la capellanía fundada por D. Juan Pablo Monteagudo y Doña Manuela Rodríguez, por auto que en 1.º de Octubre de 1887 dictó el Provisor y Vicario general del Obispado, fué declarado D. Félix Agustín Sánchez y López capellán y propietario de dicha capellanía:

Resultando que fundado en estos hechos y en que habían dejado de pagarse 21 anualidades del censo constituído sobre dichos bienes, que hacían la suma de 1.050 pesos, dedujo D. Félix Agustín Sánchez y López en 14 de Septiembre de 1889 demanda ejecutiva contra D. Manuel Díaz Arango, por la cantidad de 466 pesos 65 centavos, importe de las pensiones correspondientes á los nueve años últimos y dos tercios, intereses de demora

y costas, y despachada la ejecución, se opuso á ella en tiempo el ejecutado D. Manuel Díaz Arango:

Resultando que mejorando su oposición, expuso que la capellanía de que se trataba era de las llamadas eclesiásticas ó colativas, y el ejecutante no había recibido colación canónica; que de todos modos no había demostrado con el correspondiente título escrito, al tiempo de proponerse y despacharse la ejecución, haber recibido colación y canónica institución, y antes por el contrario, en el poder otorgado por Sánchez López al Procurador que lo representaba decía el otorgante que era soltero y escribiente, y no clérigo, aunque sólo fuera de primera tonsura ú ordenado de menores; y oponiendo en su virtud la excepción de falta de personalidad legal en el ejecutante, indispensable para incoar y seguir este juicio, y además la de prescripción y la de nulidad del título, por no haber sido expedido con los requisitos debidos, terminó suplicando que se declarase no haber lugar á pronunciar sentencia de remate:

Resultando que evacuando el ejecutante el traslado que se le confirió, alegó respecto á la excepción de personalidad, único objeto del actual recurso: que la capellanía era en realidad un aniversario de misas, teniendo el carácter de familia, con patronato pasivo, ó sea el derecho en los descendientes de la fundadora para que se le confiera en orden á su mayor proximidad, y además servía de título para ordenarse: que venía rigiéndose como colativa de no libre elección, y era evidente que su producto anual no llegaba á la tercera parte de la congrua, que había sido conferida por el Obispo de la Habana, previo expediente en forma, con separación absoluta el derecho de percibir los frutos, ó sea los de la capellanía, de la colación é institución canónica, si bien apercibiendo al capellán de declaratoria de vacante si no se presentase en su oportunidad á cumplir con esos requisitos que le dieren, facultado para el ejercicio de los sagrados ministerios; que la escritura de fundación era la ley suprema en esta materia, y por tanto, de ella aparecía que la capellanía de que se trataba era un aniversario de misas de índole laical, y que por costumbre venía rigiéndose como las colativas; que siendo evidente que era una capellanía anómala é incongrua, no podía dudarse de la legitimidad con que el Ordinario había dado el título escrito autorizable para la percepción de frutos de la capellanía, con apercibimiento al capellán de declaratoria de vacante si no compareciese á recibir la colación é institución canónica; que era patente la personalidad y acción que tenía el ejecutante en méritos del título antes referido para demandar y percibir los censos de la capellanía aun cuando estuviesen pendientes la colación é institución canónicas, y que, lleno este requisito durante el debate, era visto que quedaba subsanada la falta de personalidad y de acción, en el supuesto de que existieran sentencias de este Supremo Tribunal:

Resultando que recibido el juicio á prueba, á virtud de lo pedido se remitió por el Vicario general de la diócesis una certificación del Notario mayor de aquel Tribunal eclesiástico, en que se expresa que, según el auto expedido en la capellanía de D. Juan Pablo Monteagudo y Doña Manuela Rodríguez de Arciniega, en 1.º de Octubre de 1887 correspondía al capellán D. Félix Agustín Sánchez el cobro de los réditos vencidos desde la vacante, que tuvo lugar en 16 de Marzo de 1868, en la forma en que procediera; que el carácter de colativa que le daba á dicha capellanía el auto de erección de 1728, de acuerdo con la fundación, no estorbaba el derecho del capellán á reclamar los réditos mientras estuviera en posesión de la capellanía, de que había sido nombrado capellán; no apareciendo en dichos autos que se hubiera fijado el término en que D. Félix Agustín López debía tomar colación de la citada capellanía, ni que hasta la fecha lo hubiera tomado:

Resultando que el mismo Notario mayor certificó también que en 14 de Marzo de 1862 se nombró capellán propietario de la mencionada capellanía á D. José Elías Wenceslao Monteagudo y Barros, el cual estuvo en posesión de ella hasta su fallecimiento, ocurrido en 16 de Marzo de 1868, sin que hasta esa fecha apareciera que hubiese tomado dicho capellán colación y canónica institución de dicho beneficio:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia estimando la excepción de impersonalidad del ejecutante para promover la demanda, y declarando en su consecuencia no haber lugar á pronunciar sentencia de remate; y que interpuesta apelación por D. Félix Agustín Sánchez, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó sentencia en 19 de Abril de 1890 revocando la apelada, y mandando seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y demás que fuesen de la propiedad del deudor, y con su producto entero y cumplido pago al acreedor de la cantidad con sus intereses legales, y las costas causadas y que se causasen hasta su efectivo pago:

Resultando que acreditando D. Manuel Díaz Arango haber constituído el depósito ordenado por el art. 1697 de la ley de Enjuiciamiento civil, interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 2.º del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea en la falta de personalidad del ejecutante, por no acreditar el carácter ó representación de capellán con que reclamaba los réditos de la capellanía.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que consiste el motivo de este recurso en la falta de personalidad del ejecutante D. Félix Agustín Sánchez López, y se funda en carecer éste de derecho para reclamar rentas de la capellanía para que fué nombrado, por no haber recibido la colación y canónica institución, lo cual afecta á la cuestión de fondo; y como por consecuencia no se refiere á la capacidad personal del mismo para comparecer en juicio, de que trata el núm. 2.º del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, es evidente que no existe el quebrantamiento de forma alegado en el presente recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Manuel Díaz Arango, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley; no haciendo declaración sobre costas por no haberse personado la otra parte; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 26 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Julio del mismo año.)

161

RECURSO DE CASACIÓN (27 de Mayo de 1891).—Sala primera.—*Apeo de un foral, prorrateo de renta y pago de atrasos.*—No ha lugar al interpuesto por D. Fernando Rodríguez y otros en pleito con D. Manuel Cedrón (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que con arreglo á lo dispuesto en los artículos 2071 y 2092 de la ley de Enjuiciamiento civil, tanto el dueño del dominio directo, como cualquiera de los del útil puede pedir el apeo de las fincas que se hallen afectas al pago de una pensión foral, así como el prorrateo de ésta entre las diversas fincas que constituyen el foro:

Que condenando la Sala sentenciadora á que consientan el apeo de un subforo y el prorrateo de la renta del mismo los poseedores de las fincas grava-

das, no infringe los artículos 23, 25, 146, 389, 405 y 410 y demás concordantes de la ley Hipotecaria, aun cuando la escritura de subforo no se halle inscrita en el Registro de la propiedad, si reune los requisitos legales para producir efecto en juicio, no siendo contra tercero que tenga inscrito su derecho, y aquéllos no se encuentran en este caso ni han inscrito el derecho que sobre las expresadas fincas intentan:

Que si bien por el art. 396 de la propia ley Hipotecaria, se preceptúa que desde la publicación de la misma no se admita en los Juzgados y Tribunales ordinarios g especiales, en los Consejos y oficinas del Gobierno, ningún documento ó escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción, es lo cierto también que dicha prohibición no es aplicable sino cuando el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito:

Que no pueden ser considerados como terceros los poseedores de las fincas gravadas con un subforo, que si bien no intervinieron en el otorgamiento de la escritura de constitución de éste, han venido satisfaciendo como tales subforatarios las pensiones asignadas á las respectivas porciones de las tierras que poseen.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Mayo de 1891, en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido en el Juzgado de primera instancia de Chantada y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, á virtud de demanda de D. Manuel Cedrón y Rodríguez, propietario, vecino de dicha villa de Chantada, por sí y como marido de Doña Ramona Noguerol y Fernández, contra Fernando Rodríguez Blanco, Francisco Mazaira Cortés, Benito López Fernández, Carlos Cortés Mazaira, José López Fernández, Benito da Vila Rodríguez, como marido de Manuela López de Capilla; Miguel López Pereira, como marido de Manuela Mazaira; Camilo Vázquez Salgado, Domingo Vázquez Fernández, Ramón Fernández, Francisco Moure Rodríguez, Domingo Mazaira Cortés, Manuel Sanjurjo Cortés, Manuel Vázquez Fernández, Francisco Lorenzo, José Mazaira, Francisco Moure, por sí y como curador de Dominga María Carmen, Andrea y María del Carmen López Moure, y Santiago López Ucha, por sí y en representación de los hjjos menores que le quedaron de Carmen Vázquez Salgado, labradores, domiciliados en la parroquia de Santa María de Nogueira, excepto el Domingo Mazaira que lo está en la de San Vicente de la Viña; sobre apeo de un foral, titulado de Castimil, prorrateo de su renta y pago de atrasos; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los 13 demandados mencionados en primer término, y en su nombre el Procurador D. Luis García Ortega, siendo su Letrado defensor D. José Mestanza; sin haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte demandante y recurrida, ni los demás demandados de que queda hecho mérito:

Resultando que por escritura pública de 18 de Mayo de 1725, D. Jerónimo Méndez de Prado dió en subforo firme y valedero á Juan das Penas una casa y 11 fincas rústicas que se deslindaron y describieron; cuyos bienes, propios de la Encomienda de San Juan de Puerto-Marín, de quien los tenía en foro el D. Jerónimo, los subforaba al Juan das Penas, con condición de que había de pagarle la renta anual de 16 cañados de vino tinto y seis ferrados de castañas secas y rapadas por la medida de aquella tierra de Nogueira, además de la renta que por el foro principal se debiera, la cual quedaba de cuenta del aceptante:

Resultando que requerido el Perito Agrimensor D. Ramón Cervelo por los poseedores del foral Castimil, para verificar amigablemente su deslinde y el prorrateo de 12 cántaras de vino y seis reales en dinero que an-

teriormente percibía la Encomienda de Puerto-Marín, y en la fecha del requerimiento D. Juan Fernández Páramo, verificó dicho deslinde, teniendo presente otro practicado el año 1843 por ante Escribano, distribuyendo la renta expresada entre Antonio Mazaira, Cayetano Feijoo, Benito da Vila, José López, Lorenzo Fernández, Fernando Rodríguez Blanco, Francisco Vázquez Lamelo, Ramón López Somoza, Francisco de Moure, Francisca de Moure, Domingo Cortés, Francisco Mazaira, Ventura Fernández, Domingo Fernández, Ramón Fernández, Antonio Fernández, Francisco y Alonso Fernández, Manuel López Hermida, José Vázquez Lorenzo, Manuel Sanjurjo, José María Cañoto, Francisco Lorenzo, Camilo Vázquez, Francisca Salgado y Josefa Fernández; los cuales, de conformidad, nombraron cabezalero á Mazaira, y en acto de conciliación celebrado ante el Juez municipal de Chantada en 28 de Abril de 1877, aprobaron aquéllos en todas sus partes el indicado deslinde y prorrateo, obligándose al pago de las respectivas pensiones:

Resultando que en 19 de Agosto de 1884 acudió al Juzgado de primera instancia de dicha villa de Chantada D. Manuel Cedrón por sí y como marido de Doña Ramona Noguerol y Fernández, presentando la escritura de subforo de 1725, ya anteriormente mencionada, y una relación de las fincas comprendidas en el foral de Castimil y de sus poseedores, y deduciendo la solicitud de que se convocara á éstos á la comparecencia determinada en la ley, para que manifestasen si estaban ó no conformes con la práctica del apeo del expresado foral y prorrateo de la renta de 16 cañados de vino y seis ferrados de castañas secas y rapadas; pero comparecidos los interesados, como quiera que manifestasen no reconocer en el peticionario el carácter de dueño del dominio directo, ni tampoco la condición de forales de las fincas que poseían, en auto de 30 de Octubre del mismo año se dió por terminado el asunto, con reserva de su derecho al dominio para que le dedujera en el juicio que creyese conveniente:

Resultando que el expresado D. Manuel Cedrón, en el doble concepto antes dicho, formuló demanda de 6 de Noviembre de 1887, solicitando se condenara á Francisco Mazaira y demás de que hizo mérito, á que consintieran el apeo del foral de Castimil y prorrateo de su renta, y á que pagaran los atrasos de ella vencidos y que vencieran, con las costas; para lo cual, entre otras alegaciones, relacionó la escritura de subforo con expresión de las fincas á que se refería; hizo mérito de las actuaciones practicadas con motivo de la solicitud de apeo por su parte deducida, que se acaba de mencionar, y expuso: que á D. Jerónimo Méndez de Prado le sucedieron sus dos hijas Doña Benita y Doña Josefa, falleciendo la primera de ellas sin sucesión é instituyendo heredera á la segunda, de la cual á su vez lo fué su hijo D. José Varela Méndez de Prado, y de éste su hija Doña Josefa Varela, á la que heredó el hijo de la misma D. Bernardo Noguerol, por cuyo fallecimiento y el de su esposa Doña Ramona Lamas, los cinco hijos de este matrimonio dividieron amistosamente la herencia, correspondiendo á Doña Antonia Noguerol, casada con D. Ramón Suárez, los seis ferrados de castañas del foral, y los 16 cañados de vino del mismo á D. Manuel Noguerol y Lamas, Cura que fué de Gonzar, quien falleció en 1.º de Julio de 1877 é instituyó por su testamento como herederos á los hijos de su hermano D. Fernando, los que, en convenio verificado en escritura pública de 13 de Diciembre de 1886, cedieron á Doña Ramona Noguerol, que era hermana de éstos é hija del D. Fernando, y á su marido D. Manuel Cedrón, demandante, los derechos que tenían en la enunciada herencia del D. Manuel Noguerol y Lamas, Cura de Gonzar; y que los poseedores de las fincas del foro no desconocían ser los perceptores de la renta, dueños, no del dominio directo, como aquéllos decían, sino del segundo dominio por virtud del subforo, ni que las fincas de que se hacía

mérito en la demanda, y en cuya posesión estaban, tenían la condición foral; pues en Abril de 1884 (así dice) habían hecho el apeo y prorrateo del dominio directo, ó primer dominio, perteneciente á la Encomienda de Puerto-Marín, y á la fecha de dicha demanda á D. Juan Fernández Páramo, amistosamente por medio del Perito D. Ramón Cervelo, operación en que estaban discretadas perfectamente con toda claridad las fincas del subforo; habiendo prestado los demandados su conformidad á ella en el acto conciliatorio de 28 de Abril de 1877, y teniendo todas ó casi todas aquel as algún límite natural, como arroyo, fuente, camino ó casa, los cuales conservaban y servían para su identificación:

Resultando que Francisco Mazaira, Ramón Fernández, Fernando Rodríguez, Manuel Sanjurjo, Domingo Vázquez, Santiago López Ucha, en representación de los hijos menores que le quedaron de Carmen Vázquez Salgado; Carlos Cortés, Miguel López Pereira, como marido de Manuela Mazaira; José López Fernández, Benito López Fernández, Domingo Mazaira Cortés, Camilo Vázquez Salgado, Francisco Lorenzo, Manuel Vázquez, Francisca Moure, Francisco Moure, por sí y como curador de Dominga; María Carmen, Andrea y María del Carmen López Moure, Benito da Vila, como marido de Manuela López de Capilla, y José Mazaira, contestaron la demanda solicitando se desestimase aquélla con las costas á la parte demandante, para lo cual, entre otros fundamentos, alegaron: que la escritura en cuya virtud Jerónimo Méndez de Prado daba en subforo varias fincas á Juan das Penas, no acreditaba tener la calidad de subforo el foro motivo de la demanda, ni constaba se hubiese presentado dicha escritura en el Registro de la propiedad, y que los referidos Francisco Mazaira y demás ya nombrados venían en quieta y pacífica posesión por más de treinta años de las fincas que se pretendía prorratear, sin haber contribuído con pensión ninguna por el concepto que se demandaba:

Resultando que, al replicar el actor, hizo la rectificación de que los seis ferrados de castañas, renta del subforo, á más de los 16 cañados de vino adjudicados á D. Manuel Noguerol, se adjudicaron cuatro y una maquila á Doña Antonia Noguerol, casada con D. Ramón Suárez, y el resto, ó lo que era lo mismo dos ferrados menos una maquila, á Doña María Noguerol, añadiendo nuevas alegaciones, entre ellas: que para inscribir un derecho real es indispensable discretar las fincas gravadas, y que los poseedores inscriban antes el dominio útil, siendo la enunciada inscripción uno de los objetos que aquella parte se proponía al solicitar el apeo de las fincas y prorrateo de la renta; que, aun discretadas las fincas y conocido el gravamen de cada una, sólo sería necesario inscribirlo ó que estuviese inscrito, si con él se tratase de perjudicar á tercero con inscripción á su favor, lo cual no sucede en el presente caso; y que no era cierto hubiesen pasado más de treinta años sin pagar los demandados la renta foral demandada, dado que, con más ó menos regularidad, la vinieron pagando, en todo ó en parte, tanto las castañas como el vino, y en lo que no había duda era en la posesión del demandante por medio de sus causantes en el percibo de la renta mencionada por más de treinta y aun de cien años:

Resultando que abierto el período de prueba, corrido que fué el trámite de dúplica, ambas partes la practicaron testifical, así como la demandante también de posiciones y documental, igualmente que de peritos; declarando en ésta tres agrimensores, después de reconocer las fincas comprendidas en la escritura de subforo, y expresar los linderos y circunstancias de las mismas, que las reseñadas en su concepto debían ser, á no dudarlo, las contenidas en dicho subforo, tanto por lo que hacía á los linderos naturales de la mayor parte de ellas, como por los datos que les había sido posible adquirir, aun cuando para ello hubieron de vencer algunas dificultades que les ofreció la no muy buena fe de los poseedores, quienes encerrándose

en pertinaz negativa, procuraban entorpecer la acertada marcha del reconocimiento:

Resultando que continuado el pleito por los demás trámites legales en dos instancias, el 29 de Abril próximo pasado la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña dictó sentencia confirmatoria, declarando haber lugar á la demanda, y en su consecuencia, condenó á los demandados á que consintieran el apeo de las fincas del subforo y el prorrateo de la renta de los 16 cañados de vino, al pago de los atrasos que resultaran, previa liquidación, y al de las costas:

Resultando que Fernando Rodríguez, Francisco Mazaira, Benito López, Carlos Cortés, José López, Benito da Vila, Miguel López, Camilo Vázquez, Domingo Vázquez, Ramón Fernández, Francisca Moure, Domingo Mazaira y Manuel Sanjurjo han interpuesto recurso de casación, diciendo apoyarle en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y citando como infringidos:

1.º Los artículos 23, 25, 146, 389, 405, 410 y demás concordantes de la ley Hipotecaria, que preceptúan de modo terminante que los documentos públicos que no aparezcan inscritos en el Registro de la propiedad, no podrán perjudicar á tercero, estableciendo al efecto un plazo, dentro del cual podía pedirse la inscripción de los otorgados con anterioridad á la publicación de dicha ley, porque siendo la escritura de 18 de Mayo de 1825 *(sic)* un documento público que no se ha inscrito en el Registro, y en cuyo otorgamiento no han intervenido ni podido intervenir los demandados, pues fué D. Jerónimo Méndez quien dió en subforo firme y valedero á Juan das Penas los bienes que en la misma se expresan, no puede, en manera alguna, perjudicarles en la posesión de los que desde hace mucho tiempo vienen quieta y pacíficamente poseyendo;

Y 2.º El art. 396 de la citada ley Hipotecaria, en cuanto no siendo, según el mismo, admisible en juicio ningún título no inscrito, su presentación en autos es como si realmente no existiera, y falta la base esencial para acceder á la pretensión del demandante, por lo que, al estimarlo como medio de prueba, se incurre en error de derecho que da justo fundamento al recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Salvador Viada:

Considerando que con arreglo á lo dispuesto en los artículos 2071 y 2092 de la ley de Enjuiciamiento civil, tanto el dueño del dominio directo, como cualquiera de los del útil, puede pedir el apeo de las fincas que se hallen afectas al pago de una pensión foral, así como el prorrateo de ésta entre las diversas fincas que constituyen el foro:

Considerando que al condenar la Sala sentenciadora á los demandados, hoy recurrentes, á que consientan el apeo del subforo y el prorrateo de la renta del mismo, que por escritura de 18 de Mayo de 1725 estableció D. Jerónimo Méndez de Prado á favor de D. Juan das Penas en una casa y 11 fincas rústicas que eran de la propiedad de la Encomienda de San Juan de Puerto-Marín, de quien las tenía en foro el D. Jerónimo, con la condición de que el subforatario la pagaría la renta anual de 16 cañados de vino, fundándose para ello dicha Sala en que se ha justificado que Doña Ramona Noguerol, esposa de D. Manuel Cedrón, ambos demandantes, es descendiente en línea recta del subforante D. Jerónimo Méndez de Prado, y que dichos cónyuges, en convenio celebrado con sus hermanos y cuñados, respectivamente, adquirieron los referidos 16 cañados de vino con otros bienes que componían la herencia de su tío D. Ramón Noguerol, y fundándose además en que se ha aprobado también que los demandados son poseedores precisamente de las mismas fincas que fueron objeto del subforo, cuyas pensiones han venido pagando, aunque con alguna irregularidad, no ha infringido los artículos de la ley Hipotecaria citados

como primer fundamento del recurso, porque aun cuando la referida escritura de subforo no se halle inscrita en el Registro de la propiedad, es lo cierto que reune los requisitos legales para producir efecto en juicio, no siendo contra un tercero que tenga inscrito su derecho, en cuyo caso no se encuentran los demandados, que tampoco inscribieron el que sobre las expresadas fincas ostentan:

Considerando que si bien por el art. 396 de la propia ley Hipotecaria, invocado en el segundo motivo, se preceptúa que desde la publicación de la misma no se admitía en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y oficinas del Gobierno, ningún documento ó escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción, es lo cierto también que dicha prohibición no es aplicable sino cuando el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito:

Considerando que los recurrentes no pueden ser considerados como terceros, porque si bien no intervinieron en el otorgamiento de la escritura de subforo, han venido satisfaciendo como tales subforatarios las pensiones asignadas á las respectivas porciones de tierra que poseen, y por otra parte no pueden oponer un derecho inscrito á su favor, y como tal superior y preferente al que han ejercitado los demandantes en este juicio:

Considerando, por lo expuesto, que procede mantener en su fuerza y vigor la resolución impugnada;

Fallamos que debemos declarar, como declaramos, no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Fernando Rodríguez y los demás recurrentes que quedan expresados, á quienes condenamos al pago de las costas, y si vinieren á mejor fortuna, al de la cantidad correspondiente por razón de depósito, la que se distribuirá entonces con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la oportuna certificación, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año).

162

COMPETENCIA (27 de Mayo de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas.*—Se decide en favor del Juzgado municipal de La Unión la sostenida con el de igual clase de Alicante, acerca del conocimiento de la demanda interpuesta ante el segundo por D. José Rizo contra D. Juan González, y se resuelve:

Que por ser la demanda la base del juicio, en la que se fija y determina la naturaleza y fundamento de la acción que se ejercita, á la misma ha de atenderse para resolver la cuestión de Juez competente:

Que según lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente para conocer de las acciones personales el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, á elección del demandante, si hallándose aquél, aunque accidentalmente, en el último lugar, pudiera hacérsele el emplazamiento.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Mayo de 1891, en la competencia pendiente ante Nos promovida por el Juzgado municipal de La Unión al de igual clase de Alicante, sobre conocimiento de la demanda de juicio verbal entablado ante el segundo por D. José Rizo Navarro contra Don

Juan González Romero, que no han comparecido en este Tribunal Supremo, en reclamación de pago de pesetas:

Resultando que, con escrito de fecha 3 de Marzo de este año, acudió al Juzgado municipal de Alicante D. José Rizo Navarro, de aquella vecindad, demandando á juicio verbal á D. Juan González Romero, vecino de La Unión (Cartagena), para que le pagase la cantidad de 200 pesetas que le era en deber; 150 por importe de una letra y gasto de protesto y las 50 restantes por perjuicios causados, á cuyo pago, con las costas, suplicó se condenase al González Romero, expidiéndose oficio al Juzgado municipal de dicha villa de La Unión para la citación de aquél:

Resultando que estimado según lo pedido, con señalamiento de día para el juicio, expedido el oficio y citado D. Juan González Romero, acudió al Juzgado municipal de La Unión, pidiéndole que dirigiera requerimiento de inhibición al de Alicante, pues en la demanda se ejercitaba una acción personal, y aquella villa era el domicilio del exponente, que citó la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento, y el art. 1171 del Código civil, con arreglo al que el pago ha de ejecutarse en el lugar designado en la obligación, ó en otro caso en el del domicilio del deudor, no existiendo en el presente la designación á que se refiere dicho artículo:

Resultando que conforme el Fiscal con la procedencia del requerimiento, le acordó el Juez en auto de 14 del citado mes de Marzo, porque tratándose del ejercicio de una acción personal, sin haber lugar fijado para el cumplimiento de la obligación, y no habiéndose emplazado á D. Juan González Romero en Alicante, dado que fuera éste el lugar del contrato, debía celebrarse el juicio en el domicilio de dicho demandado:

Resultando que el actor se opuso á la inhibición, exponiendo que Don Juan González Romero contrató con aquél el despacho de un asunto en las oficinas de Fomento y Hacienda de Alicante, comprometiéndose á abonar en la misma capital, ó remitirle el importe de los gastos y de las gestiones que practicara, quedando, por tanto, obligado á cumplir el contrato en la mencionada capital, cuyo Juez municipal era, en su consecuencia, competente para conocer del juicio sobre el particular, conforme á la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento, y al 1171 del Código civil citados por el demandado, máxime si se tenía en cuenta que el haber girado el demandante la letra importe de la cantidad debida, en virtud de la referida obligación, no era más que el medio de obtener su pago, é invocó en apoyo de estos fundamentos las sentencias de este Tribunal Supremo de 5 de Agosto y 26 de Junio de 1857, 29 de Septiembre y 23 de Diciembre de 1858, 3 de Febrero de 1859, 23 de Junio de 1860, 12 de Septiembre de 1866, 8 de Julio de 1867, 31 de Diciembre de 1870, 6 de Marzo, 10 de Septiembre y 20 de Octubre de 1873 y 4 de Febrero de 1878:

Resultando que el Juez municipal de la repetida ciudad de Alicante, oído el Fiscal, que emitió dictamen de conformidad en lo solicitado por el demandante, sostuvo su competencia, por auto de 30 del propio mes de Marzo, fundado en la citada regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento, y en que en el presente caso se trataba del pago de servicios prestados por D. José Rizo en la tramitación de un expediente que interesaba á D. Juan González Romero, debiendo cumplirse en aquella ciudad la obligación, según sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Mayo de 1887:

Resultando que comunicada esta resolución al Juzgado municipal requirente, insistió en la inhibitoria propuesta, para lo cual consideró no ser suficiente el dicho del actor de que la obligación procedía de servicios prestados en Alicante, cuyo pago se estipuló en la misma ciudad, para admitirlo como probado; y contra tales manifestaciones aparecia como única prueba admisible la papeleta de demanda, en que se afirmaba proceder la obligación de letra de cambio no pagada y protestada; y que la indicada

obligación de pago de una letra de cambio no cabe se verifique en otro lugar que en el domicilio de aquel contra quien se gira, á menos que, conforme al párrafo segundo del art. 478 del Código de Comercio, se exprese en la misma letra, lugar distinto, cuyo requisito no constaba se hubiese cumplido:

Resultando que entablada así la presente cuestión de competencia, cada uno de los Juzgados han elevado sus actuaciones para la resolución correspondiente á este Tribunal Supremo, en el que se ha dado á los autos la debida tramitación, oyendo al Ministerio fiscal.

Siendo ponente el Magistrado D. Daniel Rodríguez:

Considerando que la demanda versa sobre el pago del importe de una letra de cambio, gastos de protesto é indemnización de perjuicios, y no de servicios prestados por el demandante, como posteriormente ha manifestado, debiendo atenderse al primer concepto para resolver la competencia, porque es dicha demanda la base del juicio, y en la cual se fija y determina la naturaleza y fundamento de la acción que se ejercita:

Considerando que, según lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente para conocer de las acciones personales el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, á elección del demandante, si hallándose aquél, aunque accidentalmente, en el último lugar, pudiera hacérsele el emplazamiento:

Considerando que siendo la acción ejercitada personal, la villa de La Unión, el domicilio del demandado y el lugar donde debiera cumplirse la obligación, si existiere, de pagar la letra cuyo importe se reclama, sin que por otra parte sea conocido por la demanda el lugar donde se hubiese celebrado el contrato, ni por lo tanto se haya emplazado en aquél al demandado, es evidente que compete al Juez municipal de la expresada villa de La Unión el conocimiento del presente juicio;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la mencionada demanda corresponde al Juzgado municipal de La Unión, al que se remitan, con la oportuna certificación á los efectos procedentes, todas las actuaciones elevadas á este Tribunal Supremo, y póngase esta resolución en conocimiento del de igual clase de Alicante; siendo de cuenta respectiva de las partes las costas causadas en esta competencia.—(Sentencia publicada el 27 de Mayo de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Junio del mismo año.)

163

RECURSO DE CASACIÓN (1.º de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Reivindicación.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Mercedes Sánchez en pleito con D. Tiburcio Vargas y otros (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que con arreglo á lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1711 de la ley de Enjuiciamiento civil, el recurso debe presentarse en el preciso término de veinte días, y habiendo transcurrido ya este plazo cuando se verificó dicha presentación, no es aquél admisible, según el núm. 1.º del art. 1729, en relación con el 1728 de la citada ley.

Resultando que seguidos autos en el Juzgado de Martos y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Granada por Doña Mercedes Sánchez Merino, menor de edad, asistida de su curador *ad bona* D. Antonio Velasco Camacho, con D. Tiburcio Vargas Machuca y otros, como testamentarios

del Presbítero D. Manuel Serrano Espejo, dictada por la predicha Sala, sentencia de 29 de Enero del corriente año, confirmatoria de la de primera instancia, en cuanto por ella se absolvió de la demanda sobre reivindicación de una finca, interpuesta por Doña Mercedes, á los referidos demandados, se pidió por parte de aquélla que se librase certificación para interponer recurso de casación, la cual mediante defenderse la repetida Doña Mercedes en concepto de pobre, se remitiera á este Tribunal Supremo en que se la nombraran Procurador y Abogado para su representación y defensa:

Resultando que expedida y elevada á este Tribunal la enunciada certificación, se mandó en providencia de la Sala de 1.º de Abril próximo pasado, notificado el mismo día, que se entregaran los autos al Procurador designado en turno á los efectos de la ley, habiéndolos devuelto el 25 del propio mes, ó sea el día 21 de los hábiles para actuaciones judiciales siguientes al de dicha notificación, según aparece de la liquidación practicada, con escrito, interponiendo el recurso, á cuya admisión se ha opuesto el Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que el enunciado escrito interponiendo recurso ha debido presentarse en el preciso término de veinte días, con arreglo á lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1711 de la ley de Enjuiciamiento civil, y habiendo transcurrido ya aquel término cuando se verificó dicha presentación, no es admisible, según el núm. 1.º del art. 1729, en relación con el 1728 de la citada ley:

No ha lugar á admitir el expresado recurso de casación interpuesto á nombre de Doña Mercedes Sánchez Merino, sin hacerse declaración en cuanto á las costas, por no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 1.º de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

164

RECURSO DE CASACIÓN (2 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Propiedad de un terreno.*—No ha lugar á los interpuestos por D. José Bueno y D. Bernardino Roca de Togores, en pleito entre ambos (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que si la Sala sentenciadora decide, en vista de los títulos del demandante y del demandado y de las demás pruebas aducidas, que no se ha justificado que la porción de terrenos que el actor reclama y en que supone haber sufrido daños está comprendida dentro de los límites de lo adquirido por el mismo, resuelve una cuestión de puro hecho y no infringe las leyes 114, tít. 18, y 56, título 18, Partida 3.ª:

Que para fundar el recurso de casación por error de derecho en la apreciación de las pruebas, es necesario determinar con relación á ley ó doctrina legal concreta cuál sea el cometido:

Que no son de estimar las infracciones basadas en hechos que no reconoce la sentencia:

Que según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo, la sentencia que absuelve de la demanda es de perfecta congruencia:

Que el recurso de casación se da sólo contra la parte dispositiva de las sentencias y no contra sus considerandos:

Que los pactos que celebran las partes sobre servidumbre de paso por la

finca de uno de ellos y sobre modo de entrar en la del primero, no pueden afectar al uso de un camino público; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, sobre la fuerza probatoria de las escrituras públicas.

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Junio de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Orihuela y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por D. José Bueno y Vidal, propietario y vecino de aquella ciudad, representado por el Procurador D. Carlos de Santiago y defendido por el Licenciado D. Trinitario Ruiz Capdepón, con D. Bernardino Roca de Togores y Salcedo, propietario, vecino de Alicante, y en su nombre el Procurador D. Juan Pascual García, bajo la dirección del Letrado D. Pedro Díaz Cassóu, sobre propiedad de un terreno:

Resultando que D. José Felipe Díaz acudió en el año de 1866 al Baile general del Real Patrimonio del antiguo reino de Valencia, solicitando que se le otorgase un suplemento de título de un terreno de 300 tahullas, pedregoso y árido, roturado por el mismo, existente en la ciudad de Orihuela, y puesto llamado de San Cristóbal; que deslindado, resultó constar en 300 tahullas, ó sean 60 jornales, situado en término de Orihuela, campo y partido de La Matanza, lindante por Levante con el Banco de los Corrales; Poniente con el Pico del Aguila; Mediodía con la cumbre del Monte; y Norte con vertientes á dicho campo de la Matanza; que dicho Baile general, por decreto de 29 de Diciembre del referido año 1866, le otorgó el expresado suplemento de título, con obligación de reconocer el dominio mayor y directo de S. M., satisfacer el censo anuo de cien milésimas de escudo por jornal y demás condiciones fijadas por la intervención; y que en 11 de Enero del sigmiente año 1867, D. Juan García Manresa, Baile local del Real Patrimonio en Orihuela, otorgó escritura en nombre de S. M., transmitiendo por vía de suplemento de título de adquisición al repetido D. José Felipe Díaz el dominio útil de los deslindados 60 jornales de tierra, sin otro gravamen que el que constaba en las condiciones que se fijaron, en la primera de las cuales se estableció que aquél había de reconocer el dominio mayor y directo de S. M.; en la segunda, que satisfaría anual y perpetuamente el canon enfitéutico á razón de cien milésimas por jornal; en la tercera, que pagaría el luismo en toda enajenación, sujetándose á las demás reglas del enfiteusis que prescribía la Real cédula de 13 de Abril de 1783; y en la cuarta, que satisfaría asimismo las pensiones alzadas que adeudase, liquidando su importe con arreglo á las prescripciones del derecho común:

Resultando que en la partición de bienes practicada al fallecimiento de D. José Rocamora, antes Manuel de Villena, Conde de Vía Manuel, Marqués del Rafal y Barón del Monte, é hijuela formada á su hijo D. Enrique en 23 de Agosto de 1859, se le adjudicó una hacienda, situada en Orihuela, partido de La Matanza, en 2.500 tahullas, 10 de ellas olivar, y las restantes blancas, con alguna higuera; lindante por Levante con tierras llamadas de los Rocamoras y otros; Poniente hacienda de D. Jose Riquelme; Mediodía la Sierra, y Norte tierras de los López y otros:

Resultando que Doña Josefa Bohorques Alvarez de las Asturias, como tutora de su hijo D. Enrique Rocamora, Marqués del Rafal y Conde de Vía Manuel, dedujo en 6 de Marzo de 1867 en el Juzgado de Orihuela demanda de interdicto de recobrar la posesión en que se hallaba su dicho hijo, de una hacienda situada en el campo de La Matanza, lindante totalmente por el Mediodía con la sierra de San Cristóbal y otras á ella unidas, de que había sido despojado por D. José Felipe Díaz, el cual, en 18 de Febrero anterior y siguientes se había introducido en dicha finca, ha-

ciendo labores y plantando árboles, como si fuera dueño; y previa información de testigos, que afirmaron los hechos expuestos, y prestación de fianza por la demandante, sin audiencia del demandado, el Juez, por auto de 3 de Junio de dicho año, que fué consentido por las partes, reintegró al referido Marqués en la posesión de la hacienda deslindada y de que había sido despojado por Díaz, condenando á éste á reponer las cosas al estado que tenían antes del 18 de Febrero citado, con las costas, y reintegrada la demandante en la posesión declarada, consignaron ambas partes en dicho acto ante el Juzgado, que habían convenido: primero, que la línea divisoria de las tierras que formaban la hacienda del Marqués de Rafal al Mediodía de las mismas, y de làs que el Real Patrimonio estableció á D. José Felipe Díaz en 30 de Diciembre de 1865 con escritura en 11 de Enero de 1867; al Norte de ellas era y sería perpetuamente la que José Córdoba Asensio, arrendatario de la finca del Marqués, y Ramón Riquelme y Riquelme, pedáneo del partido de Matanza, habían fijado rectamente entre el pozo que existía junto á la cueva llamada de los Toreros, y ésta de Levante á Poniente, desde el Banco de los Corrales hasta el Pico del Aguila; cuarto, que las entradas y salidas de Díaz para ir y venir personas y caballerías á las tierras establecidas al mismo por el Real Patrimonio, no habían de ser por dentro de la hacienda del Marqués, sino que tendría lugar junto al límite oriental de la misma, por las faldas de las sierras que las circundaban; y séptimo, que de estas declaraciones en la parte necesaria se harían en el Registro las anotaciones correspondientes; habiéndose consignado, en efecto, en 16 de Diciembre de 1868 en el Registro de la propiedad de Orihuela por nota al margen de la inscripción de la heredad de la propiedad de D. José Felipe Díaz lo convenido en el interdicto:

Resultando que por defunción de D. Enrique Rocamora, Conde de Vía Manuel y Marqués de Rafal, se adjudicó á su madre Doña María Josefa Alvarez de Bohorques, en escritura de división de 18 de Mayo de 1876, la finca mencionada, que lo había sido á su citado hijo en 23 de Agosto de 1859, habiéndose certificado por el Registrador que dicha finca que describió en la misma forma que se hacía en el documento antes citado, además de las lindes expresadas, se decía era también al de Levante, parte con la sierra, y el de Mediodía que lo era también barranco hasta la senda que iba á la Cruz de San Cristóbal; y que de la medición que se practicó resultó tener á más 80 tahullas, siete octavas, 31 brazas, en cuya forma, por defunción de Doña Josefa Alvarez de Bohorques, se adjudicó proindiviso á sus hijas Doña Luisa y Doña Esperanza Vía Manuel de Villena:

Resultando que seguido juicio ejecutivo por D. Francisco de Paula Mejías contra D. José Felipe Díaz sobre pago de 650 pesetas, se embargó al ejecutado la finca de que antes se ha hecho mérito, que se componía de 35 hectáreas, 55 áreas y 86 centiáreas, ó fueran 300 tahullas de tierra secano blanca pedregal, con unas higueras y una casita de planta baja destruída, situada en el campo de La Matanza, término de Orihuela y sitio llamado Puerto de San Cristóbal; y dictada sentencia de remate, y subastada dicha finca, fué rematada por D. José Bueno Vidal por la cantidad de 375 pesetas, siéndole otorgada por el Juez en rebeldía del ejecutado en 2 de Marzo de 1883 la correspondiente escritura de venta, que fué inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que el comprador D. José Bueno Vidal redimió en 25 de Agosto de 1883 un censo de 500 pesetas de pensión anua, gravado sobre 36 hectáreas de tierra, situadas en término de Orihuela, partido de La Matanza y Puerto de las Nogueras, que correspondía al Real Patrimonio, y á la sazón al Estado, y librada certificación por la Administración de Propiedades é Impuestos de la provincia de Alicante, fué inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que en virtud de reclamación del citado D. José Bueno Vidal, de fecha 7 de Noviembre de 1883, y de lo ordenado por el Delegado de Hacienda de la provincia de Alicante, el Perito agrimensor D. Nadal Cantó se constituyó en Orihuela, y sitio denominado Puerto de San Cristóbal ó de las Nogueras, á fin de deslindar la propiedad del referido Don José Bueno, que le exhibió los títulos de pertenencia del expresado terreno, lo deslindó y amojonó en la forma siguiente: colocó un mojón al pie del cerro desembocadero del campo de La Matanza, situado hacia el Norte; otro con dirección perpendicular hacia Oeste, en la misma coronación del cerro extremo de la ladera del Pico del Aguila, y con la misma dirección Sur otro en la coronación de la montaña llamada Cerro Farrallena; colocando otro con dirección Este en la coronación de la montaña llamada Los Aperones del Puesto, y otro con dirección Norte, en la cúspide llamada Banco de los Corrales, y en la misma dirección Norte hasta encontrarse con el primero; cerrando el perímetro de la referida propiedad, que tenía una superficie de 300 tahullas en la parte apreciable, exceptuando los cerros que la circunvalaban y parte de las laderas inapreciables, todo lo cual consignó dicho Perito en certificación que libró en 7 de Enero de 1884:

Resultando que Doña María Isabel y Doña Esperanza de Villena y Alvarez de Bohorques vendieron por escritura de 11 de Agosto de 1886 á D. Bernardino Roca de Togores y Salcedo, por precio de 27.500 pesetas, una heredad de tierra campa, con su habitación, un aljibe y un pozo, situada en término de Orihuela, partido de La Matanza, plantada en parte de olivos é higueras, y la mayor parte de ella de tierra blanca, de cabida de 2.500 tahullas, y por medición resultaron 305 hectáreas, 92 áreas y una centiárea, ó sea 2.580 tahullas, 7 octavas, 31 brazas; lindante por Levante con tierras llamadas de los Rocamoras, y otros en parte con la sierra; Poniente con hacienda de los herederos de José Riquelme; Mediodía con la sierra y barranco hasta la senda que iba á la ermita de San Cristóbal, y Norte con las denominadas de los López y otros, que habían adquirido por herencia intestada de su madre Doña Josefa Alvarez de Bohorques, que lo hubo á su vez por herencia intestada de su hijo D. Enrique Manuel de Villena:

Resultando que D. José Bueno Vidal dedujo en 30 de Abril de 1887, en el Juzgado de primera instancia de Orihuela, interdicto de recobrar la posesión en que se hallaba de una finca campo secano, situado en el partido de La Matanza, del término de la expresada ciudad, sitio llamado Puerto de San Cristóbal ó de las Nogueras, compuesto de 300 tahullas, que adquirió por venta judicial en escritura de 2 de Marzo de 1883, de que había sido despojado el día anterior por varios trabajadores encargados por Francisco Noales, que lo era de D. Bernardino Roca de Togores; que había adquirido recientemente una finca en aquel campo, próxima á la de Bueno, procediendo á limpiar un pozo y á practicar obras é introducir ganados, y dada la información correspondiente y celebrado el juicio verbal prevenido por ley, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 20 de Mayo de dicho año, que confirmó la Audiencia en 14 de Noviembre siguiente, declarando no haber lugar al interdicto, porque no habiéndose propuesto prueba por el actor, habían quedado sin justificar los hechos de la demanda, y de la practicada por el demandado aparecía que se hallaba en posesión del pozo y terrenos mencionados:

Resultando que D. José Bueno Vidal dedujo en 27 de Enero de 1888 la demanda objeto de estos pleitos, en la que después de consignar los antecedentes que quedan referidos, expuso: que considerándose sin duda dueño Roca de Togores de parte de unos terrenos y un pozo que existía dentro de los límites de la propiedad del demandante, y por consiguiente,

dentro del perímetro deslindado por el Perito Cantó, se había introducido en él, con sus dependientes y ganados, haciendo obras en el pozo, talando los árboles y pastando los sembrados; que en su vista dió conocimiento á la Guardia civil, qué denunció ante el Juzgado municipal en Abril de 1887 á Antonio Riquelme Pastor de la Roca, sin que dicha denuncia hubiese sido fallada aún; y que no dando esto resultado, intentó contra Francisco Noales, que era el que dirigía los trabajos y disponía los actos de despojo, el interdicto correspondiente, al cual no se dió lugar, y consignando los fundamentos de derecho que se desprendían de los hechos alegados, y haciendo uso de la acción mixta que le correspondía contra D. Bernardino Roca de Togores, pidió se le condenara á que reconociendo el pleno dominio que el demandante tenía sobre la finca deslindada y amojonada, se abstuviera de introducirse en ella, perturbándole en la propiedad que tenía sobre todos los terrenos y demás que existían dentro del término amojonado por el Perito D. Nadal Cantó, abonando los perjuicios causados por sus dependientes y ganados en las plantaciones y demás, y las costas:

Resultando que D. Bernardino Roca de Togores impugnó la demanda, solicitando se declarase: primero, que D. José Bueno sólo era dueño de 300 tahullas de pedregal enclavadas en la sierra y con los lindes consignados; segundo, que constituyendo su linde Norte las vertientes de la sierra, éstas no le pertenecían; tercero, que el demandado era dueño y se hallaba en continua, quieta y pacífica posesión desde tiempo inmemorial de la finca mencionada, que por Mediodía lindaba en su totalidad con la sierra, y que por consiguiente las vertientes de la misma le pertenecían, porque además le fueron vendidas; cuarto, que carecía de eficacia y no merecía fe el amojonamiento realizado por el perito D. Nadal Cantó, y en su consecuencia que se le absolviera de la demanda con costas al actor, declarando, en virtud de reconvención que utilizaba, que la finca del demandado se hallaba libre de toda servidumbre, condenando al demandante á deshacer á su costa el camino que había construído y á no volver á perturbar la libertad de dicha finca, alegando para ello: que con arreglo á los títulos que tenía el Marqués de Rafal, el demandado y sus antecesores venían poseyendo quieta y pacíficamente la finca demandada desde inmemorial, pósesión y dominio que llegaban por Mediodía hasta la sierra, con la que lindaba su totalidad; comprendiendo, por tanto, las vertientes, con las cuales se le vendió la finca, sin que pudiera ser nunca de D. José Bueno, que lindaba con ellas, así como el pozo qne llamaba suyo, con los terrenos que le circundaban y que era el consignado en la escritura de adquisición, sin que cupiera confundirlos, por no existir otro en la finca del demandado, aunque Bueno, para engendrar la confusión, llamaba pozos á las excavaciones hechas por los mismos, cuya posesión también se probó en el interdicto, de manera que siendo las vertientes del demandado, puesto que lindaba con la sierra que le seguía, y lindando Bueno con estas vertientes que por lo mismo no le pertenecían, el linde común lo determinaba la conjunción de la peña viva en los declives que conducían las aguas á la finca del demandado; que habiendo intentado el antecesor de Bueno invadir el linde señalado en el hecho anterior, la Marquesa de Rafal le promovió interdicto de recobrar, en el que probada la posesión en la extensión y forma consignada, obtuvo sentencia favorable y reintegro de posesión, en cuyo acto convinieron demandante y demandado en determinar por medio de peritos la situación del linde común y los derechos que á cada uno correspondían, consignándolo para mayor solemnidad en los mismos autos, y haciéndose constar en el Registro de la propiedad; que el amojonamiento practicado por D. Nadal Cantó á instancias del actor, sobre ser ilegal por su forma, atribuyó á éste mucha más extensión de las 300 tahullas que arrojaban sus títulos, invadiendo para ello el linde que separaba la finca

del demandante de la del demandado; que sobre ésta no pesaba servidumbre alguna; que la que poseía el actor, como encerrada en la sierra, había tenido siempre la entrada por las sendas que por ella discurrían, como había reconocido su antecesor declarando que el paso de entrada era por el límite oriental de la finca del demandado, ó sea por la ladera de la sierra; que á pesar de esto, el demandante había abierto y venía utilizando hacía seis ó siete años un camino carretero, atravesando la hacienda del demandado, y que éste lo había tolerado creyendo que sin necesidad de juicio alguno se corregiría, ó en caso contrario desaparecería ante el mandato judicial, como esperaba sucediera:

Resultando que el demandante replicó, reproduciendo los hechos de su demanda, sosteniendo: que no podía existir la prescripción ordinaria alegada de contrario, por no concurrir los requisitos prevenidos por la ley, ni tampoco la extraordinaria, por no haber transcurrido el término fijado por las leyes para que éstas tengan lugar, negando que hubiera abierto ningún camino que atravesase la finca de la parte contraria, pues el que utilizaba era el conocido con el nombre de Camino del Puerto; que tenía su origen en el de Archena por el Apartadero de Poniente, llamado de los Garcías; que era un camino antiguo, como sabían los vecinos del campo de La Matanza, y que sirvió para acarrear el yeso de unas yeseras que existían arruinadas más arriba de los terrenos del demandante:

Resultando que suministrada por las partes pruebas de documentos, testigos y peritos, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó sentencia en 14 de Julio de 1890, que no fué conforme con la del Juez de primera instancia, absolviendo á D. Bernardino Roca de Togores y Salcedo de la demanda interpuesta por D. José Bueno y Vidal, y á éste de la reconvención entablada por aquél, sin hacer expresa condenación de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que D. José Bueno Vidal ha interpuésto recurso de casación, alegando:

1.º Que al absolver la sentencia de la demanda á D. Bernardino Roca de Togores, ha desestimado la eficacia legal de la escritura de 2 de Marzo de 1883, de la cual resulta el dominio del recurrente sobre la heredad en que el demandado había cometido los actos abusivos que habían dado motivo al pleito; infringiendo la ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, que da fuerza probatoria á tales documentos públicos, siendo un hecho indudable que dentro de los límites de la heredad que según dicha escritura adquirió D. José Bueno, se encontraba la tierra en que los dependientes y ganados del reconvenido habían causado los daños de que se había quejado el demandante, no habiéndose opuesto contra dicha escritura tacha ni vicio de ninguna clase:

2.º Que por el mismo concepto la violación de la ley expresada constituía á la vez la de la doctrina legal que confirma la disposición de dicha ley, y que daba plena fuerza probatoria á los documentos como el de que aquí se trataba y que constaba, entre otras muchas, en las sentencias de este Supremo Tribunal de 12 de Mayo de 1868 y 20 de Febrero de 1886:

3.º Que también por el propio motivo de no apreciar una escritura pública, en la que se expresan bien y claramente la situación y linderos de la cosa vendida, se ha infringido la ley 56, tít. 18 de la Partida 3.ª, que reitera la fuerza probatoria de las escrituras públicas de venta, y señala la forma que deben tener las mismas, y que ciertamente tenía la presentada por el demandante, extendiéndose dicha ley en la determinación del valor y alcance de tales escrituras, todo lo cual había sido desconocido por la sentencia, no estimando ni en poco ni en mucho la escritura de 2 de Marzo de 1883:

4.º Que la sentencia adolecería siempre de error de derecho no apre-

ciando el deslinde hecho por orden de la Administración, no estimando el croquis presentado en autos, que distinguía cumplidamente y separaba sin confusión posible las heredades del demandante y del demandado, y la interesantísima diligencia del reconocimiento judicial que se hizo en el terreno y que resultaba claramente consignada en los autos, sin que contra ella bastase la manifestación de haber existido algún vicio en dicho deslinde, pues además de no ser cierto, la falta de reclamación de los que vendieron á Roca la heredad y el mismo silencio de Roca habían dado al deslinde la fuerza y vigor necesario para que no pudieran quebrantarlo las gestiones que posteriormente había hecho el demandado cuando había tenido que oponerse á la demanda; doctrina legal que resultaba de las sentencias de este Supremo Tribunal, entre otras, de la de 19 de Abril de 1885:

Y 5.º Que habiendo sido un hecho convenido por las partes que los dependientes y ganados del demandado habían causado una serie de daños á D. José Bueno de su heredad, la sentencia que no mandaba resarcirlos, y además el menoscabo sufrido, infringe la ley 3.ª, tít. 15, Partida 7.ª, y la doctrina contenida en las sentencias de este Supremo Tribunal de 7 de Mayo de 1868 y 17 de Febrero de 1874:

Resultando que D. Bernardino Roca de Togores ha interpuesto también recurso de casación, alegando como fundamentos del mismo:

1.º Que la sentencia infringe la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.ª, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, sobre la íntima reclamación que debe haber entre la manera en que fizo la demanda y la en que redacta la sentencia, condenando, absolviendo ó declarando separadamente, sentencia de 13 de Febrero de 1865, sobre cada uno de los puntos litigiosos; pues aunque era cierto qne la absolución de la demanda implicaba la resolución de todas las cuestiones del pleito, esto era respecto de las condenaciones pretendidas, pero nunca con absolver quedaba exento de declarar el juzgador si se le había pedido oportunamente, como aquí, que declarase que el demandante sólo era dueño de 300 tahullas, bajo ciertos lindes; que no le pertenecían ciertas vertientes de la sierra y que el deslinde de Don Nadal carecía de toda fuerza y eficacia; y la sentencia había absuelto, y no declarado, siendo por tanto incongruente en la manera en que se le había pedido, en cuanto dejaba sin hacer declaraciones solicitadas oportunamente y sobre las que habían versado la discusión y prueba del pleito:

2.º Que aun cuando el recurso de casación no se daba contra los considerandos de las sentencias, sí se daba contra la parte dispositiva dictada conforme á ellos y entendida según los mismos; que en este caso, y no obstante favorecerle la absolución de la demanda, la impugnaba, porque si absolvía lo hacía sin reconocer en derecho, y porque consideraba que no había acertado á demostrar el suyo el demandante, en favor del que hacía reservas que convidaban á un nuevo pleito el considerando quinto de la sentencia recurrida; que Bueno era causahabiente de Díaz, y éste de los Marqueses de Rafal, y entre éstos y Díaz y en autos judiciales medió convenio, que fué registrado en el de la propiedad, y después y por escritura de venta, también registrada, adquirió Roca la hacienda en cuestión por título hábil para adquirir el dominio, y en el que se deslinda lo adquirido, y la sentencia que no obstante este título de adquisición y aquel convenio eludía resolver la cuestión de dominio planteada y absolvía por falta de justificación bastante, no había dado á la escritura de adquisición y al convenio la fuerza probatoria que le reconocía la ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, infringiéndola, así como la doctrina de este Supremo Tribunal, sobre que el causahabiente no puede ir contra los actos legítimos y voluntarios de su causante ni reducir las responsabilidades originarias de dichos actos: sentencia de 14 de Junio de 1875 y otras:

3.º Y que respecto á la reconvención, de la cual no obstante el citado convenio la sentencia absolvía á Bueno, infringía la doctrina y ley citadas en el motivo anterior, así como la ley del pacto contenida en dicho convenio, porque aun en el supuesto de existir la servidumbre pública, pudieron los causantes del reconviniente y reconvenido pactar que aquellos por cuyo uso frecuente y casi continuo había de resultar más gravosa la servidumbre, entrasen por otro lado, y la Audiencia había debido fallar la reconvención, teniendo en cuenta la existencia de un convenio solemne y registrado, obligatorio entre los litigantes, dueños hoy de fincas que tenían un régimen de servidumbre establecido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garniča:

Considerando, en cuanto al primer recurso, que lo que la Sala sentenciadora ha decidido en vista de los títulos del demandante y del demandado y de las demás pruebas aducidas, es que no se ha justificado que la porción de terreno que el actor reclama y en que se queja de haber sufrido daños, esté comprendida dentro del límite Norte de lo adquirido por el mismo del Real Patrimonio y de D. José Felipe Díaz, en cuyo concepto absuelve de la demanda á D. Bernardino Roca de Togores, resolviendo una cuestión de puro hecho, y por lo tanto, que no infringe la ley ni la jurisprudencia invocadas en los motivos 1.º y 2.º sobre el valor de las escrituras públicas, ni la 56, tít. 18, Partida 3.ª, alegada en el 3.º, relativa á la redacción y contenido de las de compraventa:

Considerando que no se determina con relación á ley ó doctrina legal concreta, como es necesario para fundar recurso de casación por error de derecho en la apreciación de las pruebas, cuál sea el cometido, por no haber apreciado la sentencia en los términos que el recurrente pretende el croquis y el reconocimiento judicial á que se refiere el motivo 4.º; y que estos elementos de prueba han sido estimados en conjunto con los demás producidos por ambas partes con arreglo á las atribuciones de la Sala sentenciadora:

Considerando que nunca ha sido hecho reconocido por el demandado, ni lo es tampoco en la sentencia, que los dependientes y ganados de aquél causaran daños en propiedad del actor, y por lo tanto, que carece de base el motivo 5.º:

Considerando, respecto al segundo recurso, que según tiene declarado repetidamente este Tribunal, la sentencia que absuelve de la demanda es de perfecta congruencia, y que en el caso actual, rechazada la demanda por estimarse que la propiedad del demandante no llega al límite por él pretendido, queda definitivamente resuelta la cuestión promovida por el mismo, sin necesidad de hacer respecto del terreno litigioso declaración del demandado:

Considerando que, por la misma razón y por la de darse recurso sólo contra la parte dispositiva de las sentencias y no contra sus considerandos, y menos contra la falta de las que convengan al interés de las partes, no es de estimar la infracción de las leyes y doctrina citadas en el segundo motivo de Roca de Togores, en el concepto de que, al no haberse fundado la sentencia en el contrato celebrado entre los causantes de los que hoy litigan, desestima la prueba y la eficacia de tal contrato, lo cual no ha hecho ni tenía para qué hacerlo, puesto que la absolución tiene otra base:

Considerando que los pactos que los causantes demandante y demandado celebraran sobre servidumbre de paso por la finca del segundo, y sobre modo de entrar en la del primero, no puede afectar al uso de un camino público, como la Sala declara que es el que pretende Roca de Togores que se destruya, y que su goce por el demandante no dimana de ser éste sucesor de D. José Felipe Díaz en la finca referida, sino del carácter público del camino, y por tanto, que la sentencia no infringe ni la ley 114,

título 18, Partida 3.ª, sobre la fuerza probatoria de las escrituras públicas, ni la doctrina de este Tribunal, relativa á la obligación de respetar cada uno los actos de sus causantes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación interpuestos por D. José Bueno Vidal y por D. Bernardino Roca de Togores, no haciendo declaración sobre costas en atención á ser ambas partes litigantes recurrentes; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. —(Sentencia publicada el 2 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

165

RECURSO DE CASACIÓN (2 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Reclamación de bienes y otros extremos.*—No ha lugar á los interpuestos por D. V... B... y Doña B... O..., en pleito entre ambos (Audiencia de...), y se resuelve:

Que no infringe la ley Hæc edictali, *Código* De secumdis nuptiis, *el fallo que se atempera al precepto de la misma, según el cual no ha de obtener por ningún concepto la mujer del segundo matrimonio más de lo que corresponda al hijo del primero, mandando que en el caso de contravención el exceso se considere como no dejado y se entregue á los hijos:*

Que la mencionada ley; la 27, Código De inoff. testamento; *la 2.ª, tít. 5.º, libro 6.º, volumen 1.º de las Constituciones de Cataluña, y las Novelas 22, capítulo 27, y 115, capítulos 3.º y 4.º, no disponen que se detraiga la legítima del hijo antes de determinarse la herencia del testador, bastando que le quede á salvo su legítima:*

Que en el instante en que Su Santidad, por un acto de su potestad, se dignó dispensar á un profeso en orden religiosa el voto de castidad y autorizarle para contraer matrimonio, no puede éste menos de producir sus efectos, el primero de los cuales es legitimar el hijo en cuya contemplación se otorgó tal vez la dispensa, borrando el vicio de origen con que había nacido:

Que lejos de infringirse con esta doctrina el canon Tanta, *se ajusta á su espíritu y letra, porque terminantemente declara aquél, que «es tal la eficacia del matrimonio, que los engendrados antes se tienen por legítimos después de contraído»; no exceptuándose en la Constitución de Alejandro III, de la cual está tomado el canon, sino al hijo adulterino, al cual declara espúreo é indigno de heredar, limitando el alcance de esta palabra y templando así el rigor del derecho romano antiguo, que ya á su vez había sido suavizado por las disposiciones de Justino y Justiniano:*

Que si la sentencia que así lo estima no funda exclusiva ni principalmente su fallo en las Reales cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 de Enero de 1837, sino que las invoca por analogía, no infringe, aun cuando aquéllas por la materia á que se refieren y por la época de su publicación no fueran aplicables á Cataluña, el Decreto llamado de Nueva Planta, ni la Constitución única del libro 1.º, volumen 1.º de las de Cataluña, ni tampoco la máxima de que la interpretación es inseparable de la ley interpretada:

Que declarando el canon Tanta *legitimados por el matrimonio á los hijos que nacieron antes de su celebración, sin exceptuar más que á los concebidos en adulterio, la sentencia que observa este precepto no infringe la doctrina legal de que las leyes de excepción deben interpretarse restrictivamente:*

Que la ley 6.ª del Código de Justiniano, tít. 5.º, libro 5.º, De incestis et inutilibus nuptis; *la Novela 89, capítulo 3.º, cuestión 8.ª, causa 15, parte 2.ª del Decreto de Graciano, se refieren al hijo sacrílego ó nacido en otras uniones prohibidas, no á aquel cuyos padres, mediante legítima dispensa, pudieron casarse y se casaron borrando el vicio de origen.*

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Junio de 1891, en los autos del juicio declarativo de mayor cuantía, pendientes ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, que han interpuesto ambas partes, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de... y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de... por D. V... B..., como curador *ad litem* de D. M... R... y G..., de aquella vecindad, cuya profesión ú oficio no constan, con Doña B... O... y R..., de la misma vecindad, sin profesión, sobre que se declare corresponder al primero cierta porción de los bienes dejados por el padre del mismo á la segunda, y reconvención de ésta para que se declare en contrario incapacitado á aquél para suceder en los bienes de su padre, y única heredera de ellos á la Doña B...; habiendo representado y dirigido respectivamente á las expresadas partes, demandante y demandada, los Procuradores D. Luis Figuerola y D. Antonio Bendicho, y los Letrados D. Modesto Llorens y D. Juan Astudillo de Guzmán, y en el acto de la vista D. Ramón Vinader:

Resultando que D. T... R... y B..., religioso profeso exclaustrado, contrajo relaciones amorosas con Doña C... G..., habiendo de ellas un hijo, que nació en 13 de Abril de 1867, y fué bautizado en la iglesia de S... P... de B... en 1.º de Mayo siguiente con los nombres de M... R... F..., como hijo natural de la Doña C... G..., soltera:

Resultando que más tarde el D. T... R... y B..., Médico á la sazón, elevó á Su Santidad humildes preces impetrando la dispensa de los votos que emitió en la profesión religiosa á fin de poder contraer matrimonio, y Su Santidad, en rescripto de 21 de Febrero de 1872, por conducto de la Sagrada Congregación de la Inquisición, se dignó comisionar con facultad de subdelegar al Ordinario de... para que pudiera dispensar al D. T... el voto solemne de castidad emitido en la profesión religiosa, al objeto de que pudiese lícita y válidamente contraer matrimonio de una manera secretísima con C... G..., con prohibición de convolar á segundas nupcias muerta su esposa; y en su consecuencia, el Vicario capitular de dicho Obispado, haciendo uso de las facultades apostólicas á él cometidas por el mencionado rescripto, dispensó al D. T... R... el voto solemne de castidad pronunciado como religioso del instituto de Nuestra Señora de la Merced, para que pudiera celebrar válido y secreto matrimonio con Doña C... G..., como lo contrajo en 31 de Marzo de dicho año 1872:

Resultando que fallecida la Doña C..., solicitó el D. T... R... nueva dispensa de Su Santidad para convolar á segundas nupcias, que le fué concedida, y celebró matrimonio con Doña B... O... en 23 de Noviembre de 1876, otorgando ambos esposos en 12 de Julio de 1885, escritura pública, en la cual consignaron; que á la celebración del matrimonio entregó la última al primero, en concepto de constitución de dote, 15.000 pesetas, y deseando asegurar la restitución, el D. T... confesaba la entrega de la expresada cantidad, y para su seguridad y resarcimiento de costas y perjuicios hasta 500 pesetas, hipotecó las siete casas y un solar, sitas en el pueblo de A..., de que se hizo detallada mención:

Resultando que en 25 de Septiembre de 1885 falleció en B... D. T... R... bajo el testamento que otorgó en 10 de Junio de 1877, en el que instituyó por únicos y universales herederos de sus bienes, derechos y acciones á su hijo único M... R... y G..., habido en su primer matrimonio, y á su entonces actual esposa Doña B... O... por partes iguales entre los mismos, á sus libres voluntades, á excepción del escaparate que poseía con la imagen de las Mercedes, que quedaría de la exclusiva propiedad de su dicha esposa, á su libre voluntad:

Resultando que con presentación de la partida bautismal de M... R..., las dos de casamiento de D. T..., la de defunción de éste y primera copia del testamento referido del mismo, dedujo en 21 de Mayo de 1887 el Pro-

curador D. V... B..., como curador *ad litem* del menor M... R...., demanda civil ordinaria en la que hizo mérito del resultado de los indicados documentos, y expuso además: que después del fallecimiento del padre del menor no fué posible inteligencia de ninguna clase entre éste y su madrastra, quien llegó á tal extremo de dureza, que le despidió de casa sin darle recursos de ninguna clase para atender á su subsistencia, no obstante los derechos indisputables de aquél en la herencia del difunto D. T... R..., comprensiva, entre bienes de que se hace mérito, de siete casas, sitas en A..., hipotecadas por el D. T... á la Doña B... O... en seguridad de la dote de ésta no entregada y sólo confesada; que habiéndose hecho legítimo el menor por el subsiguiente matrimonio de sus padres, era indudable pertenecerle la legítima de la herencia que dejó D. T... R..., pudiendo ser, como fué legalmente instituído heredero por su padre, y haberle éste dejado en su testamento menos de lo que había dejado y donado, por generosidades diversas entre vivos ó por causa de muerte á su segunda esposa Doña B... O..., de la cual derivan los derechos que tenía el citado menor en la herencia referida, que detentaba la Doña B..., cuyos derechos se fundaban en las consideraciones legales que expuso; y por todo ello pidió se declarara que correspondía á Doña M... R... G... la mitad de la herencia que le dejó su padre en testamento y todas las donaciones hechas por Don T... R... á Doña B... O..., en cuanto exceden de lo que ha dejado al citado D. M..., deducción hecha de su legítima; cuyo exceso pertenece al mismo menor, y condenara á la demandada á restituir á éste la mitad de la herencia, y el exceso que había recibido sobre lo dejado al mismo, detracción hecha de su legítima con todos los frutos percibidos y podidos percibir, desde el día del fallecimiento de D. T... R..., y expresa imposición de las costas del litigio:

Resultando que Doña B... O... contestó la demanda alegando sustancialmente, á más de negar tratara con dureza al M..., el cual por su conducta había hecho imposible vivieran juntos: que el demandante D. M... R... y G... nació en 13 de Abril de 1867 de unión sacrílega entre Doña C... G... y D. T... R..., toda vez hallarse éste ligado con voto solemne de castitidad desde el año 1831, que profesó en la religión de Nuestra Señora de la Merced, de cuyo convento salió en 1835 por efecto de los hechos revolucionarios de la época, dedicándose á la carrera de Médico, y más tarde contrajo relaciones amorosas con Doña C... G..., con quien tuvo un hijo, el cual era indudable tenía el carácter de sacrílego; y que cinco años después del nacimiento de tal hijo, obtuvo D. T... la correspondiente dispensa del voto solemne de castidad para contraer primeras nupcias, efectuándose el matrimonio; pero ni se pidió ni fué concedido el perdón de la prole, y por consiguiente de D. M... R..., demandante, continuó y continuaba siendo hijo sacrílego, como lo era antes, sin poder dicho matrimonio legitimar á este hijo, cuyos padres, al tiempo de la concepción, estaban incapacitados de contraer nupcias, por impedimento dirimente, y por lo mismo no había estado ni estaba en condiciones de ser legitimado; que fallecida Doña C... G..., su viudo D. T... contrajo segundas nupcias en 23 de Noviembre de 1876 con Doña B... O..., falleciendo posteriormente bajo el testamento ya mencionado, de todo lo cual se infería ser las verdaderas cuestiones de autos si el demandante M... R... era hijo legítimo de D. T... ó lo era sacrílego, y si, por consiguiente, toda la herencia de aquél corresponde á Doña B... O..., heredera por él instituída, junto con D. M..., por no poder éste suceder á su padre; siendo lo expuesto, como se comprendía fácilmente, no sólo base de contestación á la demanda, sino también de reconvención, que se veía obligada á proponer; y en ambos conceptos alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables, y concluyó pidiendo se desestimara en todas sus partes la demanda, y por el contrario, en vía de reconvención, se

declarara que D. M... no puede suceder en los bienes de su padre Don T... R..., y que Doña B... O... era heredera única del mismo, con imposición á la contraria de las costas del juicio:

Resultando que en la réplica y dúplica fijaron las partes como definitivos los hechos y fundamentos de derecho respectivamente alegados en la demanda y contestación, negando ó contradiciendo los á ellos expuestos, é insistiendo cada una en su pretensión, y la demandante pidió además se le absolviera de la reconvención recibiéndose los autos á prueba, en cuyo trámite entre la practicada por parte del D. M..., la demandada Doña B... absolviendo posiciones, á más de otras manifestaciones, declaró ser cierto que al fallecer D. T... R... la absolvente se apoderó de lo existente en la casa del difunto, y de lo dejado por el mismo, excepto unos valores entregados á D. J... B... para cumplir encargos verbales del finado, poseyendo dichos bienes desde aquella fecha, que cuidó de la inscripción en el Registro de la propiedad, correspondientes de las siete casas del D. T... en A..., sin intervención alguna del D. M... en las gestiones, y desde entonces había venido percibiendo los productos de las mismas; y que ni antes de contraer matrimonio con B... ni después aportó ni le entregó cantidad alguna en concepto de dote, no otorgándose por este motivo capitulaciones matrimoniales:

Resultando que seguida la tramitación del juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de B..., á virtud de apelación interpuesta por ambas partes, pronunció sentencia en 6 de Junio de 1890, confirmatoria de la del inferior, por la que declaró corresponder al menor demandante D. M... R... G..., hijo de D. T... R... y B..., legitimado por subsiguiente matrimonio, la mitad de la herencia de dicho su padre, como heredero testamentario de éste en dicha porción; y que la mitad de lo donado por el mismo D. T... como reconocimiento de dote, ó por cualquier otro concepto, á su segunda consorte la demandada Doña B... O..., en cuanto excede de lo que ha dejado á dicha Doña M... R..., pertenece á éste; y en su virtud condenó á dicha demandada á restituir al repetido menor demandante la mitad de la expresada herencia y el exceso recibido ó que hubiese de recibir sobre lo dejado á éste, con todos los frutos percibidos y podidos percibir desde el fallecimiento del mencionado D. T... R..., absolviendo á la referida demandada de los demás extremos de la demanda, y al demandante de la reconvención deducida por aquélla, sin hacer expresa condena de costas:

Resultando que D. V... B..., en su expresado concepto de curador *ad litem* de D. M... R..., ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el caso 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.° Que reconociendo la sentencia recurrida que fué una verdadera donación entrevivos, de marido á mujer, el reconocimiento de dote hecho por D. T... R... á favor de su segunda esposa, y declarando que dicha donación ha de considerarse nula é incluirse la cantidad donada en la herencia del D. T... y sujetarla á la división entre la segunda esposa y el hijo del primer matrimonio, llamados por igual á la repetida herencia, infringe la ley *Hæc edictali*, Cód. *De secund nup.*, lib. 5.°, tít. 9.°, en cuanto esta ley establece que todo lo que se dona á la segunda mujer que exceda de lo dejado al hijo de primer matrimonio haya de ceder á favor del mismo hijo, y por consiguiente, las 15 pesetas donadas por D. T... R... á Doña B... O..., desde el momento en que aquél heredó por igual á ésta y al hijo único del primer matrimonio, constituyendo, como constituyen, un exceso sobre lo dejado al hijo, ha de pertenecer íntegramente á éste;

Y 2.° Infringir dicha sentencia la propia ley y la Novela 22, cap. 27, en cuanto no da lugar á la detracción de la legítima del hijo, antes de de-

terminarse la herencia del testador, divisible entre aquél y la madrastra; porque al ordenar la ley y la Novela que el padre no puede dejar ni donar á la segunda mujer más que al hijo único de primer matrimonio, se refiere á lo dejado á éste á título lucrativo ó por liberalidad, no comprendiéndose lo que el padre debe al mismo hijo á título de legítima, que según la ley 27, Cód. *De inoff. testamento*, Novela 115, capítulos 3.º y 4.º, y la ley 2.ª, tít. 5.º, lib. 6.º, volumen 1.º de las de Cataluña, es una deuda del padre al hijo; y por lo tanto, la legítima de D. M... R... ha de deducirse de la herencia paterna antes de fijar el importe de ésta, divisible entre él y su madrastra:

Resultando que también Doña B... O... ha interpuesto recurso de casación, alegando como motivos del mismo:

1.º La infracción por la Sala sentenciadora,—al declarar en el presente pleito legitimado, por el subsiguiente matrimonio de sus padres, á un hijo sacrílego,—del canon *Tanta*, cap. 6.º, tít. 17 de las Decretales de Gregorio IX, *que filii sint legitimi*, y con él las disposiciones del Derecho canónico en que se basa, ó sean la ley 10 del Código, tít. 27, libro 5.º, el párrafo décimotercero de la Instituta, *De nuptiis*, y la Novela núm. 89, prefacio y cap. 15, pues no ha de olvidarse un solo momento que los ilegítimos por regla general no son legitimables por el subsiguiente matrimonio, concediendo el Derecho romano, y de acuerdo con él el canon *Tanta*, excepción que confirma aquella regla y constituye un privilegio á los hijos *naturales* sola y exclusivamente; y aun cuando se habían invocado como fundamento de la legitimación por subsiguiente matrimonio de los hijos sacrílegos, las Reales cédulas fechas 6 de Julio de 1803 y 11 de Enero de 1837, la primera de ellas fué expedida por el Rey Carlos IV en un expediente sobre legitimación por rescripto del Príncipe de Doña M... A... G... F..., *natural de P..., en la provincia de L...*, habida por D. J... G... V... con Doña T... G... F..., soltera, parientes afines y consanguíneos en grado prohibido; y por ella el Rey dijo debía considerarse legitimada por el subsiguiente matrimonio de sus padres, mediante disposición apostólica á dicha Doña A..., expidiéndose la segunda de las citadas cédulas por la Reina Gobernadora, que declaró legitimada asimismo por el subsiguiente matrimonio de sus padres, contraído previa la correspondiente dispensa á Doña R... de la O... y C..., natural de Santa E... de A..., en la provincia de S... (C...); tratándose, de consiguiente, en uno y otro caso de personas nacidas en territorio no regido por la legislación de Cataluña, aplicable en el presente, sino por la castellana, de las Partida y de la Novísima Recopilación, por lo cual, de considerarse la declaración contenida en aquellas Reales cédulas como interpretación auténtica, á pesar de ser dictadas en expedientes de interés particular, es innegable interpretaron y fijaron sólo el sentido de las mencionadas leyes de Partidas y de la Novísima Recopilación, vigentes en Castilla, sobre legitimación, sin alterar las disposiciones del Derecho romano y canónico, aplicables para el fallo del actual pleito; viniendo á corroborarlo así, de caber alguna duda, las mismas sentencias de este Tribunal Supremo, citadas en la recurrida de 20 de Junio y 12 de Diciembre de 1865:

2.º Ser evidentísimo que, como dicha sentencia recurrrida declaraba legitimado por subsiguiente matrimonio á D. M... R..., hijo sacrílego, infringía, haciendo aplicación de las antedichas Reales cédulas y sentencias, la Constitución única del tít. 30 del libro 1.º, volumen 1.º de las de Cataluña, que establece cuáles son las fuentes del derecho catalán, y con ello el cap. 42 del decreto llamado de Nueva Planta, expedido por Felipe V en 16 de Enero de 1716, que forma la ley 1.ª, tít. 19, libro 5.º de la Novísima Recopilación:

3.º Haber infringido del mismo modo la precitada sentencia recurrida

el principio de derecho y su sentido común, de ser inseparable la interpretación como cosa accesoria de la ley interpretada, toda vez que refiriéndose la contenida en las Reales cédulas y sentencias expresadas á la 1.ª, tít. 13, Partida 4.ª, no puede llevarse de uno á otro cuerpo de derecho, sino que ha de considerarse como formando parte del de las Partidas; y aun en la hipótesis inadmisible de formarla de la legislación de Cataluña, tampoco haría justo el fallo de la Sala sentenciadora, pues en la indicada doctrina sólo se decía ser legitimables por subsiguiente matrimonio los hijos incestuosos, y en el presente caso se trata de uno sacrílego, lo que constituye otra excepción ó privilegio diferente de las relativas á los naturales y á los incestuosos, no susceptibles de extenderse á aquellos á que no se refieren éstas de una manera expresa y clara:

4.º Infringirse igualmente con la mencionada declaración de legitimado por subsiguiente matrimonio D. M... R..., hijo sacrílego, extendiendo con ello la indicada excepción ó doctrina á otra clase que á los incestuosos; la también doctrina legal, única discutida y declarada de un modo expreso en la sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de Marzo de 1857, de que las leyes de excepción deben interpretarse restrictivamente, sin ampliarlas á casos no comprendidos clara y terminantemente en las mismas, y la de que la excepción confirma la regla general;

Y 5.º Incurrir del propio modo la tan reiteradamente aludida sentencia, objeto del recurso, que declara corresponder al D. M... R..., hijo sacrílego, la mitad de la herencia de su padre D. T..., como heredero testamentario de éste, y en su consecuencia condena á Doña B... O... á restituir aquella mitad en la infracción de la doctrina de que los hijos nacidos de uniones infames y prohibidas, como la sacrílega, son incapaces para heredar á sus padres, y no pueden recibir cosa alguna de ellos por herencia; doctrina consignada en la ley 6.ª del Código de Justiniano, tít. 5.º, libro 5.º,—*De incestis et inutilibus nuptis*,—la cual dice que «el que se manchó contrayendo una unión prohibida, no podrá, ni aun mediante tercera persona, hacer donación á los hijos, ni entre vivos ni por causa de muerte, y no podrá dejarles cosa alguna en testamento»; de la Novela 89, cap. 15, que ni siquiera permite que tales hijos puedan recibir alimentos de sus padres; y del cap. 3.º, cuestión 8.ª, causa 15, parte 2.ª del Decreto de Graciano, que refiriéndose de una manera expresa á los hijos de uniones sacrílegas, declaran deben ser siervos de la Iglesia y no pueden recibir nunca en ningún caso la herencia de sus padres *(hereditatem parentium nunquam accipiet)*; leyes también infringidas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley *Haec edictali*, Código *De secumdis nuptiis*, alegada en el primer motivo por el curador *ad litem* del menor D. M... R..., porque disponiendo dicha ley que no obtenga por ningún concepto la mujer del segundo matrimonio más de lo que corresponda al hijo del primero, mandando que en el caso de contravención el exceso se considere como no dejado y se entregue á los hijos, á ella se atempera la Sala en su fallo que condena á Doña B... O... á restituir al menor la mitad de la herencia y el exceso de lo recibido ó que hubiese de recibir sobre lo dejado al dicho menor:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la mencionada ley ni las demás que se citan como infringidas en el segundo motivo, por cuanto ni unas ni otras disponen que se detraiga como se pretende la legítima del hijo antes de determinarse la herencia del testador, bastando que le quede á salvo su legítima, como en efecto le queda á R..., dividiendo el haber hereditario por partes iguales con su madrastra:

Considerando, en orden al recurso entablado por Doña B... O..., que en el instante en que Su Santidad por un acto de su potestad se dignó dis-

pensar á D. T... R... el voto de castidad y autorizarle para contraer matrimonio con Doña C... G..., este matrimonio no puede menos de producir sus efectos, el primero de los cuales es legitimar el hijo en cuya contemplación se otorgó tal vez la dispensa, borrando el vicio de origen en que había nacido:

Considerando que lejos de infringirse con esta doctrina en que se apoya la sentencia recurrida el canon *Tanta* invocado en el primer motivo de la recurrente O..., se ajusta á su espíritu y letra, porque terminantemente declara aquél, que «es tal la eficacia del matrimonio, que los engendrados antes se tienen por legítimos después de contraído»; no exceptuándose en la Constitución de Alejandro III, de la cual está tomado el canon, sino al hijo adulterino, al cual declara espúreo é indigno de heredar, limitando el alcance de esta palabra y templando así el rigor del derecho romano antiguo, que ya á su vez había sido suavizado por las disposiciones de Justino y Justiniano, que también se invocan como infringidas, y que no lo han sido por ser de preferente aplicación en el caso actual el derecho canónico al romano:

Considerando que aun cuando las Reales cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 de Enero de 1837, por la materia á que se refieren y por la época de su publicación, no fueran aplicables á Cataluña, la Sala sentenciadora no funda en ellas exclusiva ni principalmente su fallo, sino que las invoca por analogía, y en este concepto no infrige el decreto llamado de Nueva Planta ni la Constitución única del libro 1.º, volumen 1.º de las de Cataluña, que se alegan en el segundo motivo del recurso, ni tampoco la máxima que como principio de derecho se menciona en el tercer motivo, de que la interpretación es inseparable de la ley interpretada:

Considerando que declarando el canon *Tanta* legitimados por el matrimonio á los hijos que nacieron antes de su celebración, sin exceptuar más que á los concebidos en adulterio, no tiene aplicación la doctrina legal de que las leyes de excepción deben interpretarse restrictivamente, que se supone infringida en el motivo 4.º, ni tampoco las leyes que se invocan en el mismo concepto en el motivo 5.º, porque se refieren al hijo sacrílego ó nacido en otras uniones prohibidas, no á aquel cuyos padres, mediante legítima dispensa, pudieron casarse y se casaron borrando el vicio de origen;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación interpuestos por D. V... B..., como curador *ad litem* de D. M... R... y G..., y por Doña B... O... y R...; no hacemos declaración respecto de costas mediante ser recurrentes ambas partes; condenamos á los mencionados D. M... y Doña B... al pago, si vinieren á mejor fortuna, de la cantidad de 500 pesetas cada uno, por razón de la mitad del depósito que han debido constituir, á la que entonces se dará la aplicación prevenida en el art. 1784 de la ley de Enjuiciamiento civil; y líbrese á la Audiencia de B... la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 2 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Agosto del mismo año.)

166

RECURSO DE CASACIÓN (2 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Declaración de herederos y división de bienes.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. José García y otros (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que, según dispone el art. 840 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se da ulterior recurso contra el auto que declara desierta la apelación interpuesta

en todo juicio, cuando el apelante no se persona dentro del término del emplazamiento.

Resultando que remitidos á la Audiencia de la Coruña los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Noya, por D. José Jacinto y Doña Luisa García Piñeiro, D. Juan Ramón Olveira, como marido de Doña María Tomasa García Piñeiro; Doña Dolores Nin Santos, Doña Socorro Rojo Noya y D. Juan García Pillado, sobre declaración de herederos y división de bienes, por virtud de la apelación que los tres primeros interpusieron de la sentencia dictada por el referido Juez en un incidente sobre nulidad de actuaciones, por no haber comparecido los apelantes dentro del término del emplazamiento, por auto que en 28 de Enero último dictó la Sala de lo civil de dicha Audiencia, se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto y firme de derecho la sentencia apelada, con las costas á los apelantes:

Resultando que interpuesto por éstos y declarado no haber lugar en auto de 17 de Febrero el recurso de súplica, han deducido en este Supremo Tribunal el de casación por infracción de ley, citando las que á su juicio han sido infringidas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que, según dispone el art. 840 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se da ulterior recurso contra el auto que declara desierta la apelación interpuesta en todo juicio, cuando el apelante no se persona dentro del término del emplazamiento, y que esto es lo que resuelve el de que se trata;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don José Jacinto, Doña Luisa y Doña Tomasa García, á quienes se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 2 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año).

167

Recurso de casación (3 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—Ha lugar al interpuesto por D. Juan Aburto y otro en pleito con Doña Teresa Eribe (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que la ley 37, tít. 12, Partida 5.ª, establece el principio de que quien utiliza los servicios del mozo que tiene recogido, no debe cobrar las despensas que ficiese en gobernallo, *explicando que* guisada cosa es que el servicio del mozo se descuente en las despensas que son fechas en razón de su persona:

Que infringe esta ley la sentencia que, á pesar de declarar al demandante con derecho á cobrar todos los jornales devengados desde que terminó el aprendizaje que generosamente le costeó el demandado, le releva de abonar á éste los alimentos que siguió suministrándole.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por Doña Teresa Eribe García de Cortázar, como madre del menor D. Matías González de Apodaca, con los hermanos D. Juan y D. Antonio Aburto Azaola, comerciantes, vecinos todos de Bilbao, sobre pago de jornales, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandados, y en su defensa y re-

presentación por el Licenciado D. Pedro García Garamendi y el Procurador D. Francisco Morales, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Benigno Gutiérrez y el Procurador D. Julio Mateo:

Resultando que por sentencia del Juzgado de primera instancia de Bilbao de 21 de Diciembre de 1887, obtuvieron Doña Teresa Eribe García y su hijo menor de edad D. Matías González Apodaca la declaración de pobreza para litigar contra los hermanos D. Juan y D. Antonio Aburto y Azaola, y en 21 de Enero siguiente dedujeron la demanda oportuna, exponiendo: que los hermanos demandados constituían desde hacía mucho tiempo y como únicos socios la casa de comercio titulada Hijos de Aburto, dedicada al tráfico de vinos, minerales y otros diferentes artículos; que como lo demostraba la nota que se acompañaba, el demandante D. Matías González de Apodaca entró en 5 de Julio de 1875, en el concepto de aprendiz, en el almacén y taller que los demandados tenían en las inmediaciones de la ría de Bilbao, próximo al punto denominado La Salve; que el aprendizaje duró cuatro años, sin otro derecho por su parte que el ser mantenido; pero que terminado dicho aprendizaje en Junio de 1879, siguió trabajando en el taller de la casa Hijos de Aburto, en concepto de jornalero, ganando los jornales que se detallan en la cuenta que se acompañaba hasta el 18 de Diciembre de 1886, y arrojaba un saldo á su favor de 7.686 pesetas, y que era de advertir también que el joven González Apodaca, además de trabajar en el taller de los demandados dedicado á las especiales labores del arte que apendió, les sirvió también casi habitualmente en concepto de criado, durante todas las horas que le dejaban libre los trabajos del taller, y aun en algunas en que los hermanos Aburto tenían por conveniente distraerle de dichos trabajos, cuya circunstancia se había tenido muy presente al formular la cuenta acompañada, en la que no se había cargado partida alguna de retribución por esos servicios prestados fuera del taller, porque se presumían compensados con la manutención y asistencia prestada al joven Matías por los demandados en diferentes épocas, é invocando los fundamentos de derecho que estimaron del caso, terminaron solicitando se declarara en definitiva que D. Juan y D. Antonio Aburto, como únicos socios que formaron la Sociedad Hijos de Aburto, eran en deber al demandante D. Matías González de Apodaca la cantidad de 7.386 pesetas por los conceptos expresados, condenándoles á satisfacer dicha cantidad al mismo Apodaca y á su madre Doña Teresa Eribe, con los réditos legales desde la contestación á la demanda:

Resultando que D. Juan y D. Antonio Aburto contestaron la demanda, diciendo: que en el año de 1874 la madre de los demandados, á ruego de la de Matías de Apodaca, llevó á su casa á éste, manteniéndolo y vistiéndolo durante mucho tiempo; que en Julio de 1875, á petición de la madre de los demandados, consintieron en que Matías empezara á asistir al taller de cubería que tenían en La Salve para que aprendiera un oficio, pero sin exigirle la constancia y asiduidad que á todo aprendiz se exige en cambio de lo que se le enseña; que para mayor beneficio del muchacho hicieron que viviera con el Jefe del taller D. Francisco Marec, á quien pagaban por su manutención 5 reales diarios, y cuando Marec cesó en el cargo, lo trasladaron á casa de D. Lorenzo Incaño, que sustituyó á aquél en dicha jefatura, pagándole por dicha manutención 6 reales diarios; que al cabo de varios años, sin que Apodaca llegara á ser oficial ni asistiera por lo dicho con constancia y asiduidad al taller, había sido nuevamente recogido por Don Antonio Aburto, en cuya casa había vivido posteriormente, sin que jamás figurara como empleado de la Sociedad Hijos de Aburto, ni posteriormente como oficial del taller de la misma, y que por este motivo, á pesar de pagar los demandados semanal ó quincenalmente los jornales de todos los empleados del taller, nunca entregaron bajo tal concepto cantidad alguna

á Matías Apodaca, sin que éste dijera ni una palabra; en virtud de cuyos hechos y fundamentos legales que invocaron, pidieron se les absolviera de la demanda, y al mismo tiempo dedujeron reconvención para que se condenase á D. Matías González Apodaca á pagar á D. Antonio Aburto la cantidad de 6.243 pesetas y 75 céntimos, alegando en apoyo de esta pretensión: que desde principios de 1882 á fines de 1886, D. Antonio Aburto había tenido en su casa y mantenido á González Apodaca, y calculando el coste de esta manutención al precio módico de 7 reales diarios, ascendía á la cantidad de 3.193 pesetas y 75 céntimos; que en los domingos y días festivos le había entregado además 5 pesetas, ascendiendo la totalidad de estas entregas á 2.050: que durante los mismos años había vestido y calzado á Apodaca, invirtiendo en ello más de 1.000 pesetas; y que el que recibe de otro alimentos, vestidos y dineros, cuando éste no está obligado á dárselos, debe satisfacer el importe de los mismos:

Resultando que los demandantes insistieron en la réplica en lo alegado y pedido en su demanda, diciendo en cuanto á la reconvención: que además de lo que se deducía en oposición á la misma de los hechos expuestos en la demanda, que no era exacto que los hijos de Aburto hubieran entregado al demandante Matías 5 pesetas todos los días festivos, ni que gastasen 1.000 en vestirle, y evacuado por los demandados el trámite de dúplica, en el que reprodujeron lo alegado en el de contestación y reconvención, se recibió el pleito á prueba, y ambas partes practicaron diferentes justificaciones:

Resultando que sustanciado el pleito por todos sus trámites y en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos en 18 de Junio de 1890, no conforme con la del Juzgado, declarando que el Procurador de los demandantes había tenido personalidad para representarles en el Juzgado, y desestimando por tanto la excepción de falta de ella que propusieron en la misma instancia los demandados, y condenando á éstos ó, sea á los hijos de Aburto, D. Juan y D. Antonio, á que en el término de diez días á contar desde el en que sea firme la sentencia, abonen á Doña Teresa Eribe García de Cortázar, como madre de D. Matías González de Apodaca, la cantidad que importen los jornales devengados por éste como oficial en el taller ó almacén de cubería que existió en La Salve en la villa de Bilbao, de la propiedad de los mismos hijos de Aburto, en los siete años transcurridos desde el 5 de Julio de 1879 á igual día de 1886, y en los días siguientes transcurridos hasta el 26 de Septiembre, y desde 18 de Octubre y 18 de Diciembre de ese mismo año, con descuento de los domingos y días festivos, á razón de 3 pesetas diarias y con el interés del 6 por 100 desde la presentación de la demanda, cuya cantidad se fijará en la ejecución de la sentencia, y absolviendo por último á los demandantes de la reconvención propuesta por D. Antonio Aburto, sin hacer expresa condenación de costas de ninguna de ambas instancias:

Resultando que D. Juan y D. Antonio Aburto y Azaola interpusieron recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1.º Al absolver la sentencia á D. Matías González de Apodaca de la reconvención deducida contra él, fundándose en que D. Antonio Aburto no tenía derecho á formularla por su carácter de asociado, el art. 542 de la ley de Enjuiciamiento civil, que concede á todo demandado sin distinción el derecho de reconvenir al contestar la demanda ante la Autoridad judicial, que por razón de la materia es competente, como sucede en el presente caso, toda vez que los recurrentes fueron demandados, no con el carácter de asociados, sino por jornales que en un taller de la propiedad de ambos se devengaron; y aunque resultase justificado su carácter de asociados, que no lo está, por la misma sentencia les condena en el fallo personalmente,

ese carácter no pudo privar á D. Antonio de pedir en reconvención lo que era justo;

Y 2.º La ley 38, tít. 12 de la Partida 5.ª, que dice: «Ca guisada cosa es que el servicio del mozo se descuente en las despensas que son fechas en razón de su persona»; en cuanto la sentencia recurrida, después de condenar á los hermanos recurrentes al pago de los jornales, absuelve de la reconvención, pues si bien es cierto que los alimentos dados por caridad, durante el aprendizaje, que fué desde 5 de Julio de 1875 á 5 del mismo mes de 1879, no los ha reclamado D. Antonio Aburto, sí ha reclamado en cambio, por tener derecho á ello conforme á la ley de Partida citada, aquellos alimentos que suministró desde primeros de 1882 á fines de 1886, consistentes en la habitación, comida, vestido, calzado, y las 5 pesetas que le daba todos los días festivos, y la sentencia recurrida no le concede ese derecho y absuelve de la reconvención, en el supuesto equivocado de que por piedad también continuó facilitándoselos; de donde resulta enriquecido D. Matías González de Apodaca en perjuicio de D. Antonio Aburto, pues percibirá íntegros los jornales sin descuento alguno por las atenciones de su persona; hecho que resulta de tanta más importancia cuando se observa que los mismos oficiales, cuyas declaraciones estima la Sala sentenciadora, afirman todos que la habitación, alimento y vestido eran de cuenta del artesano; por lo que es claro que habiéndolos sufragado D. Antonio Aburto, al percibir González los jornales deben descontársele.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida infringe la ley del tít. 12, Partida 5.ª, invocada en el motivo 2.º, con el núm. 38, que debe ser la 37, según demuestran las palabras de ella se copian en el referido motivo, porque dicha ley establece el principio de que quien utiliza los servicios del mozo que tiene recogido, *no debe cobrar las despensas que ficiese en gobernallo*, explicando que *guisada cosa es que el servicio del mozo se descuente en las despensas que son fechas en razón de su persona*, ó sea lo contrario de lo que resuelve dicha sentencia, toda vez que á pesar de declarar al demandante con derecho á cobrar todos los jornales devengados desde que en 1879 terminó el aprendizaje que generosamente le costearon los demandados, le releva de abonar á uno de ellos los alimentos que le siguió suministrando, y que sólo reclama desde 1882 en adelante;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan y D. Antonio Aburto y Azaola, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 18 de Junio de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos. — (Sentencia publicada el 3 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Agosto del mismo año.)

168

RECURSO DE CASACIÓN (3 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Declaración de quiebra.*—Ha lugar al interpuesto por D. Simón Carmona y otro en pleito con D. Eugenio Chapa (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que conviniendo por escritura la viuda y herederos de un comerciante matriculado como tal, que la herencia de éste quedaría proindiviso, y que á su frente se colocaría uno de aquéllos con las mismas ilimitadas atribuciones que tendría el difunto si viviese, autorizándole para usar la firma de éste, comprar, vender, hacer uso del crédito, girar, descontar letras y toda clase de valores, verificando en suma cuantas operaciones fuesen convenientes á la marcha y ultimación de los contratos con el Estado y demás negocios pen-

dientes de la testamentaría, y estando obligado á llevar la contabilidad por medio de los libros que el Código de Comercio exige, con las debidas formalidades, sin que fuese válido lo que no se consignase en ellos en forma legal, es innegable que dicha testamentaría, atendidos semejantes pactos y la circunstancia de haber pagado su representante la cuota correspondiente de la contribución industrial, tiene la cualidad de comerciante, y no estimándolo así la Sala sentenciadora, infringe los artículos 1.º y 17 del Codigo de Comercio de 1829, modificados por la ley de 20 de Julio de 1878, y 1.º, 2.º y 443 del Código de 1885:

Que por haberse establecido en el mencionado instrumento público una asociación comercial, respecto de la que pueden ejercitar sus derechos terceras personas, conforme al art. 28 del antiguo Código de Comercio y 24 del vigente, aunque la escritura no haya sido registrada, si se tratase de créditos procedentes de actos esencialmente mercantiles, como lo son las letras de cambio, con arreglo á la ley y á la jurisprudencia, y se probase que la testamentaría cesó en el pago corriente de las obligaciones por ella contraídas, sin que existan bienes bastantes para cubrir sus responsabilidades, la sentencia que deniega la declaración de quiebra del proindiviso solicitada por sus acreedores infringe el art. 1053 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que las testamentarías podrán ser declaradas en concurso de acreedores ó en quiebra, en los casos en que así proceda respecto á los particulares, y si lo fueren se sujetarán á los procedimientos de estos juicios.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Junio de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por Don Simón y D. Andrés Carmona y Cabezón, Magistrado jubilado y vecino de Valladolid el primero, y propietario y vecino de Tiedra el segundo, sobre que se declare en estado de quiebra á la herencia proindiviso de D. Vicente Chapa y Escautell, denominada V. Chapa, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por aquéllos, bajo la dirección del Letrado D. Felipe Sánchez Román y la representación del Procurador D. Luis Lumbreras:

Resultando que D. Vicente Chapa y Escautell falleció en Valencia el día 12 de Julio de 1877, y el 22 de Noviembre de 1878 su viuda Doña Concepción Olmos Botella, y sus hijos D. Vicente, D. Eugenio, Doña Concepción y D. Fausto Chapa y Olmos, por escritura otorgada ante el Notario de la misma ciudad D. Ramón García Disdier, formalizaron un convenio relativo á la herencia de aquél, consignando en la cláusula 2.ª de dicho documento: «que al frente de la indicada proindivisión, por la circunstantancia de estar establecido en Madrid D. Vicente Chapa y Olmos, se coloque D. Eugenio Chapa y Olmos, revistiéndole de cuantas facultades tendría si viviese el difunto D. Vicente Chapa y Escautell, para que el mencionado D. Eugenio Chapa y Olmos, pueda: primero, llevar la firma de la proindivisión, usándola en la forma siguiente: V. Chapa; segundo, dar autorización á otra persona para que pueda usar de dicha firma, si bien expresando que lo hace por poderes de Vicente Chapa; tercero, comprar, vender, hacer uso del crédito, tomar y dar en arrendamiento, girar, descontar letras y toda clase de valores, y verificar en suma cuantas operaciones estime el mismo convenientes á la mejor marcha y ultimación de los contratos con el Estado y demás negocios pendientes de la testamentaría, obrando en todo con las mismas atribuciones que obraría D. Vicente Chapa y Escautell; cuarto, gravar é hipotecar, en la forma y condiciones que crea mejor, los bienes inmuebles de la herencia, si á su juicio lo exigieren los compromisos de ésta; quinto, representar á la testamentaría en cuantos negocios judiciales, administrativos, contenciosos ó particula-

res se interese aquélla, confiriendo poderes al efecto á cuantas personas crea conveniente; sexto, D. Eugenio Chapa y Olmos se pondrá de acuerdo por medio de la correspondencia con su hermano D. Vicente cuando las operaciones que haya de practicar salgan de la marcha ordinaria de los contratos con el Estado ó demás de la proindivisión. El mismo D. Eugenio Chapa tendrá en cambio la obligación de llevar la contabilidad de la casa por medio de los libros que el Código de Comercio exige, con las formalidades prevenidas, y sólo será válido cuanto él hiciere en virtud de las facultades que se le confieren, si aparece consignado en los asientos de los libros en forma legal»; escritura que las hijas también del D. Vicente Chapa y Escautell, Doña Dolores, Doña María de los Angeles y Doña Asunción Chapa y Olmos aprobaron, confirmaron y ratificaron por otras que, con asistencia de sus maridos, otorgaron las dos primeras ante el mismo Notario autorizante de aquélla, en 5 de Diciembre del propio año 1878, y la última ante el Notario de Barcelona D. Ignacio Gallisa en 25 de Enero de 1879:

Resultando que el 24 de Febrero de 1880, igualmente en escritura ante el Notario de Valencia D. Salvador Llopis, los hermanos D. Vicente y Don Eugenio Chapa y Olmos, de aquella vecindad, propietario el primero y del comercio el segundo, manifestaron: que los negocios que había pendientes en la casa al fallecimiento de su padre, y especialmente algunos contratos con el Estado, obligaron á mantener la proindivisión, durante la cual habían de practicarse operaciones de interés, á cuyo efecto por las tres escrituras antes expresadas autorizaron al D. Eugenio Chapa para llevar la firma del proindiviso V. Chapa, con las facultades también mencionadas, y que usando de éstas el D. Eugenio había obtenido de Carbajosa y Compañía, del comercio de aquella plaza, la negociación de 18 letras que reseñaron, todas las cuales dejaron de ser atendidas á su vencimiento, y no siéndole posible al D. Eugenio, en la representación en que comparecía, y reembolsar en el acto á aquellos, confesó deberles por el importe de dichas letras, gasto de resaca é intereses de 12 por 100 anual, hasta el 31 de Enero próximo anterior, 287.692 reales 29 céntimos, equivalentes á 71.923 pesetas 7 céntimos, que en la misma representación se obligó á satisfacer en varios plazos de 5.000 pesetas mensuales, á contar desde el día último de Julio inmediato, declarando igualmente deber además el D. Eugenio á Carbajosa y Compañía otras cantidades por pagarés y otras letras, que en nombre del proindiviso había girado á la orden de los mismos; y que teniendo pactado los interesados en la testamentaría que mantendrían la proindivisión hasta ultimar los negocios pendientes, y en especial los contratos con todas sus consecuencias, y dimanando de dichos negocios las responsabilidades reconocidas por aquella escritura, contraía por sí, y en representación de los demás herederos de su padre, el compromiso de que no se dividiría la herencia hasta dejar completamente satisfecha la deuda que acababa de reconocer; y D. Vicente Chapa y Olmos reconoció, á su vez, que los créditos objeto de aquel otorgamiento procedían de operaciones que no salían de la marcha ordinaria de la proindivisión; y á mayor abundamiento prestaba su anuencia, como en los repetidos convenios se exigía para los actos extraordinarios:

Resultando que con esta escritura, Carbajosa y Compañía promovieron en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia, por ante el actuario D. Vicente Sancho, juicio ejecutivo contra la herencia proindivisa de D. Vicente Chapa y Escautell, dictándose en 18 de Julio de 1883 auto por el cual se mandó despachar la ejecución, teniéndose luego en otro auto de 4 de Octubre del mismo año por subrogados en los derechos de Carbajosa y Compañía á D. Simón y D. Andrés Carmona y Cabezón, en virtud de la presentación por éstos de una escritura otorgada

en 17 de Mayo de dicho año, y por la cual aquéllos, en pago de mayor cantidad, les cedieron el referido crédito escriturario, una letra por valor de 17.820 reales, girada á la orden de Carbajosa y Compañía, y cargo de D. Rafael Cubells, de Santander, por V. Chapa en 30 de Noviembre de 1881, y un vale por 216.304 reales 22 céntimos, importe de letras protestadas, cantidades prestadas é intereses liquidados, suscrito también V. Chapa y fechado en 29 de Diciembre de 1882; y requerido de pago D. Eugenio Chapa, y no habiéndolo efectuado, se causó embargo en una casa situada en Valencia, plaza de las Comedias; un horno de pan cocer en Villanueva del Grao, calle de San Antonio; una casa en la misma villa, calle de Militares, y una fábrica de aserrar maderas en el camino viejo del Grao, habiendo comparecido en estos autos el Procurador D. José Castañer con poder otorgado en 6 de Abril de 1880 por D. Eugenio Chapa, como representante de la casa comercio denominada V. Chapa, en virtud de las facultades que se le habían conferido en las escrituras ya referidas, facultades que en la parte necesaria se relacionaron en dicho poder:

Resultando que con la letra de 17.820 reales, el acta de su protesto por falta de pago, su cuenta de resaca y el vale por 216.304 reales 22 céntimos, previas diligencias preparatorias para el reconocimiento de las firmas por D. Eugenio Chapa, que no compareció, D. Simón y D. Andrés Carmona presentaron en el Juzgado de primera instancia del distrito del Mar de Valencia, Escribanía de D. Vicente Llorca, demanda ejecutiva contra el D. Eugenio, como representante legal de la herencia proindivisa de V. Chapa; mandándose despachar la ejecución por auto de 23 de Septiembre de 1884, y requerido de pago el D. Eugenio, no habiéndolo efectuado, se embargaron los mismos bienes que en la otra ejecución, y además otra casa en Villanueva del Grao, calle Mayor, horno de pan cocer, manifestando D. Eugenio en el acto: que la fábrica de aserrar madera era de la pertenencia exclusiva de su hermano D. Vicente, y que los bienes trabados lo estaban antes en diferentes autos ejecutivos, por lo cual el Procurador de los hermanos Carmona pidió la práctica de otro embargo de bienes libres, y acordada, no pudo conseguirse á pesar de repetidas diligencias, trabándose nuevamente tres de las mismas fincas; habiéndose dictado por el Juzgado sentencia de remate, que confirmó la Sala de lo civil de la Audiencia en 21 de Noviembre de 1885:

Resultando que de dos certificaciones libradas por el Registrador de la propiedad de Valencia, á virtud de mandamientos del Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de aquella ciudad en los referidos autos ejecutivos incoados por Carbajosa y Compañía, y continuados luego por D. Simón y D. Andrés Carmona, aparece: que D. Vicente Chapa y Olmos compró en Diciembre de 1877 el solar sobre que luego edificó la fábrica de aserrar maderas; que la casa de la plaza de las Comedias en Valencia, la situada en la calle de Militares de Villanueva del Grao y el horno de pan cocer, denominado del Reloj, en la misma villa, estaban inscritos la mitad de cada finca á nombre de Doña Concepción Olmos, viuda de D. Vicente Chapa y Escautell, y la otra mitad en el de los siete hijos de ambos ya mencionados y otro menor de edad, nombrado D. Rafael, por haberles correspondido á la viuda por razón de gananciales, y á los hijos como herencia del D. Vicente; y que sobre todas las fincas pesaban diferentes hipotecas y anotaciones preventivas de embargo causadas en varias ejecuciones, aparte de las expresadas, apareciendo también además de una de dichas certificaciones, que en el asiento referente á hipoteca sobre quince, diez y seisavas partes de la casa plaza de las Comedias, constituída por D. Eugenio Chapa, en nombre propio y en el de su madre y de sus siete hermanos mayores de edad á favor de la casa de comercio de Barcelona, J. Marti Rosell y Compañía, por escritura de 12 de Enero de 1880, se con-

signa manifestó en aquélla el D. Eugenio: que su padre estaba debiendo á la indicada casa de Barcelona 66.892 pesetas que arrojaba la cuenta pendiente entre ambas casas el 1.º de Enero de 1874, según escritura de 11 de Agosto del mismo año, en que prometió abonar tal cantidad con ciertos intereses, y habiendo surgido diferencias entre las dos casas mercantiles expresadas acerca de la manera de extinguir dicha deuda, convinieron en otorgar el documento con que se causó la inscripción; que en otro asiento de anotación de embargo practicado en autos ejecutivos seguidos contra D. Vicente Chapa y Olmos á instancia de D. Gil Roger Duval en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa de esta corte, se consigna: que se despachó la ejecución contra la casa de comercio Vicente Chapa, de Valencia, constituída con los bienes y caudal proindiviso de D. Vicente Chapa y Escautell, y representada por D. Eugenio Chapa y Olmos; y que en el asiento referente á anotación de embargo causado en autos ejecutivos, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pino de Barcelona por D. Teodoro Sánchez Illa, como cesionario de J. Marti Rosell y Compañía, contra la casa de comercio establecida en Valencia V. Chapa, bajo la gerencia de D. Eugenio Chapa, se expresa haberse despachado la ejecución contra los bienes de dicha casa comercial, repitiéndose este mismo concepto en varios documentos más, que motivaron otros asientos:

Resultando que con presentación de testimonios expedidos por los respectivos actuarios con referencia á los autos ejecutivos instados por D. Simón y D. Andrés Carmona, en uno de cuyos testimonios se inserta otro librado por el Notario D. Ramón García Disdier, en parte en relación, y en algunos extremos literal de la escritura otorgada ante aquél por la viuda é hijos de D. Vicente Chapa y Escautell en 1878, ya referida; y acompañando las certificaciones del Registrador de la propiedad, también mencionadas, formularon dichos D. Simón y D. Andrés Carmona, ante el Juzgado del distrito de San Vicente de Valencia, en 1.º de Marzo de 1887, escrito en que expusieron los antecedentes ya indicados, é invocando los artículos 1001, 1025, 1026 y 1044 del antiguo Código de Comercio, y 1325 y 1333 de la ley de Enjuiciamiento civil, solicitaron se declarara en estado de quiebra la herencia proindiviso de D. Vicente Chapa y Escautell, denominada V. Chapa, adoptando las disposiciones prevenidas en el artículo 1044 y siguientes del expresado antiguo Código de Comercio, como consiguientes á dicha declaración, fijando con calidad de por ahora, y sin perjuicio de tercero, el día 1.º de Julio de 1880, fecha en que debió pagar el primer plazo de la obligación contraída por la escritura de 24 de Febrero del mismo año, como día á que debían retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra; y por otrosí que se acordara la acumulación de todos los juicios ó apremios que se seguían contra el proindiviso, con arreglo á lo prevenido en el art. 16, causa tercera de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que denegadas estas pretensiones en auto de 4 del mismo mes de Marzo de 1887, los hermanos Carmona pidieron su reposición, fundados en que habían cumplido los requisitos exigidos por los artículos 875 del nuevo Código de Comercio, 1025 del antiguo y 1325 de la ley de Enjuiciamiento civil; manifestando en un otrosí que si el Juzgado no estimaba justificada la cualidad de comerciante del proindiviso V. Chapa, entendiendo por ello que no debía reponer el auto recurrido, ofrecían mayor justificación de dicho extremo; la cual les fué admitida, trayéndose á los autos nuevos testimonios relativos á los ejecutivos que aquéllos seguían contra dicho proindiviso, y una certificación de la Administración de Contribuciones de la provincia de Valencia, dada á virtud de oficio del Juzgado, para que aquélla expresara si el repetido proindiviso había figurado antes

y después de 1880 como contribuyente en la matrícula industrial de comerciantes, según la cual, en los años económicos de 1878 á 79 y 1881 á 82, ambos inclusive, aparecía inscrito el nombre de D. Vicente Chapa con la cuota anual de 445 pesetas y 20 céntimos, y no constaba inscrito como tal comerciante en las matrículas de los ejercicios de 1880 á 81, á 1887 á 88:

Resultando que denegada por el Juzgado, en auto de 10 de Julio de 1889, la reforma del de 4 de Marzo del 87, é interpuesta apelación por D. Simón y D. Andrés Carmona, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, en el que dictó en 7 de Mayo de 1890 confirmó el apelado, por el cual no se dió lugar á la reposición, ni en su consecuencia á declarar en quiebra la herencia proindivisa de D. Vicente Chapa Escautell, denominada V. Chapa:

Resultando que, con el depósito de 1.000 pesetas, D. Simón y D. Andrés Carmona han interpuesto recurso de casación, apoyado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los motivos siguientes:

1.º Infringir el fallo recurrido por error de hecho en la apreciación de las pruebas, que resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, los siguientes artículos de los Códigos de Comercio de 1829 y de 1885,—aplicables ambos, en cuanto pueden armonizarse sus disposiciones, el primero por tratarse de actos realizados antes de la publicación del de 1885, y éste por haberse invocado bajo su régimen el incidente de declaración de quiebra origen del recurso:—el 1.º del de 1829, reformado por la ley de 30 de Julio de 1878, que establece: «Se reputan en derecho comerciantes, y como tales sujetos á las prescripciones del Código, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, funden en él su estado civil, se ocupen habitual y ordinariamente en el tráfico mercantil y estén además inscritos en la matrícula de comerciantes; la falta de inscripción en la matrícula no exime á la persona que al comercio se dedica de ser tratada en juicio por las prescripciones de este Código»; el artículo también 1.º del de 1885, que dice: «Son comerciantes para los efectos de este Código: primero, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican á él habitualmente; segundo, las Compañías mercantiles é industriales que se constituyeren con arreglo á este Código»; los 17 del de 1829, modificado por la citada ley del 78, y 3.º del de 1885, según los cuales, existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público ó de otro modo cualesquiera un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil; añadiendo el antiguo Código comprobarse el hecho por la contribución que se pague del impuesto industrial; en relación todos estos artículos con el 2.º y 443 del de 1885, que preceptúan: el primero, que serán reputados actos de comercio los comprendidos en el mismo Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga; y el segundo, que la letra de cambio se reputará acto mercantil, y todos los derechos y acciones que de ella se originen, sin distinción de personas, se regirán por las disposiciones del propio Código; principio ya sancionado en nuestra jurisprudencia, como lo demuestran las sentencias de este Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1875 y de 7 de Julio de 1884, en cuanto el enunciado fallo recurrido parte para su declaración de los errores de hecho de suponer que el proindiviso V. Chapa se creó por la escritura de 22 de Noviembre de 1878 y las adicionales, únicamente para la ultimación de los contratos que con el Estado dejó pendientes al morir D. Vicente Chapa; cuando consta por aquella escritura, documento auténtico, que esto se realizó, no sólo para la ultimación de los contratos con el Estado, sino también de los demás negocios pendientes de la testamentaría, que por tra-

tarse de la de un comerciante, y el haberlo sido D. Vicente Chapa, era un hecho perfectamente comprobado y aceptado por el juzgador habían de ser en su mayor parte mercantiles; y de suponer igualmente que dicho proindiviso V. Chapa no tiene la cualidad de comerciante, siendo así que, según consta de documentos auténticos, tal cualidad estaba proclamada por el mismo Gerente que otorga un poder como representante de la casa de comercio denominada V. Chapa, y consentida y difundida por todas partes, cual lo probaban la certificación del Registrador de la propiedad por varios de los asientos de que hace mérito; la escritura de convenio de 22 de Noviembre de 1878, en que se fija como objeto del mismo la continuación y ultimación de todos los negocios pendientes de la testamentaría, que según lo dicho, habían de ser en su mayor parte mercantiles, pues era comerciante el causante D. Vicente Chapa; la determinación de la firma V. Chapa; la Gerencia de D. Eugenio; la fijación de sus facultades, y las operaciones de girar, descontar letras y toda clase de valores, y la obligación de llevar la contabilidad mercantil con arreglo al Código de Comercio, llevada á la realidad de la vida; demostrándolo así la índole de los créditos á favor de Carbajosa y Compañía, cedidos después á los recurrentes, como procedentes de letras de cambio, actos esencialmente comerciales, y por último, sancionada por la Hacienda pública, que tiene en sus registros inscrito á D. Vicente Chapa como comerciante y pagando la contribución corrrespondiente en los años 1878 y 1879, y 1881 á 82, ambos inclusive; elementos todos que, no sólo crean la presunción del ejercicio habitual del comercio por el proindiviso V. Chapa, sino que le presentan actuando y contratando como tal comerciante, y consintiendo y aceptando semejante consideración, hija del mismo convenio que le dió vida; y no siendo hoy necesaria la inscripción en la matrícula para ser considerado como tal comerciante, á los efectos del Código, era claro que el fallo recurrido que, á pesar de la resultancia de tantos y tan importantes documentos auténticos, niega al proindiviso V. Chapa esa cualidad de comerciante, infringe las leyes referidas:

2.º Infringir también el referido fallo por violación de ley y doctrina legal, aplicables al caso de autos, los artículos 1001 del Código de Comercio de 1829 y 874 del de 1885, que consideran en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones; el 1318 de la ley de Enjuiciamiento civil, que determina que, conforme á lo prevenido en el 1.º del Código, reformado por la ley de 30 de Julio de 1878, todo comerciante, aunque no se halle inscrito en la matrícula de su clase, que se constituya en estado de quiebra, quedará sujeto á los procedimientos que para el caso se establecen en dicho Código y en aquel título, sin poderse someter á los ordenados para el concurso de acreedores; y que los Jueces no darán lugar á la declaración de concurso que se solicite, y decretarán la de quiebra respecto de los que se hallen en dicho caso; y la sentencia de este Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1863, en que se sienta la doctrina de que la declaración de quiebra, cualquiera que sea la fecha ó época en que quede ejecutoriada, se refiere siempre al día de la suspensión de pagos, y no se infringe el art. 1014 del Código de Comercio por recaer dicha declaración en tiempo en que el quebrado no era ya comerciante, siempre que lo fuera en el día de la suspensión antedicha, puesto que el fallo recurrido declara no haber lugar á declarar en estado de quiebra al proindiviso V. Chapa, no obstante tener éste la cualidad de comerciante, según lo demostrado en el motivo anterior, y toda vez se acepta y no se niega por el juzgador el hecho del sobreseimiento general en el pago de las obligaciones corrientes, y que no existen bienes suficientes para cubrir las responsabilidades del proindiviso V. Chapa en las dos ejecuciones promovidas por Carbajosa y Compañía y por los recurrentes; sin que pueda

obstar á dicha declaración el no ser en la actualidad comerciante el proindiviso, porque basta que lo fuera al contraer las obligaciones y suspender los pagos, como tiene declarado este Tribunal Supremo en la sentencia citada, pues de otro modo se eludiría el estado y procedimiento de quiebra sin más que dejar de ejercer el comercio:

3.º La infracción del mismo modo por interpretación errónea del artículo 1053 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que «las testamentarías podrán ser declaradas en concurso de acreedores ó en quiebra en los casos en que así proceda respecto á los particulares; y si lo fueren, se sujetarán á los procedimientos de estos juicios»; en cuanto el fallo recurrido niega la declaración del estado de quiebra del proindiviso V. Chapa, formado por los bienes testamentarios y herederos de D. Vicente Chapa Escautell, partiendo de la interpretación errónea del citado artículo, de que sólo procede la quiebra de las testamentarías por deudas del causante; dado que la ley no distingue, antes por el contrario, de su contexto *en los mismos casos que así proceda respecto á los particulares,* se deduce que puede y debe declararse en concurso ó quiebra, según proceda, á las testamentarías por deudas propias; y de otra parte, de no admitir esta doctrina, sería imposible aplicar la ley en el caso del sostenimiento de la casa de comercio del menor, según el art. 5.º del Código mercantil, pues nunca podrá ser declarado en quiebra el factor que administra, sino la entidad comercial administrada; siendo además bien claro en el hecho de autos que al tratar en el convenio de 1878 los herederos de D. Vicente Chapa de ultimar todos los negocios de la casa de comercio de su causante, tenían necesariamente que desenvolver esa vida comercial en diferentes actos y contratos nuevos que dieran realidad á los antiguos por el encadenamiento armónico de la contratación mercantil, y de aquí las facultades otorgadas al Gerente D. Eugenio Chapa, la firma V. Chapa y la obligación de la contabilidad, tratándose, por tanto, de deudas mercantiles de una testamenría que ha ejercido el comercio, é imponiéndose, de consiguiente, su declaración en quiebra, atendiendo á haber sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones; y el fallo que lo niega infringe el citado artículo de la ley de Enjuiciamiento civil:

4.º Infringirse igualmente en el predicho fallo los artículos 264 del Código de Comercio de 1829, y 116 del de 1885, que fijan el concepto de la Sociedad ó Compañía mercantil, diciendo «es un contrato por el cual dos ó más personas se obligan á poner en fondo común bienes é industria ó alguna de estas cosas para obtener lucro»; añadiendo el vigente: «siempre que se haya constituído con arreglo á las disposiciones de este Código»; el art. 117 del mismo Código de 1885, que dispone que «el contrato de Compañía celebrado con los requisitos esenciales del derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera *que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código»;* los 265 del antiguo y 122 del nuevo, que hacen potestativas y no obligatorias las tres formas de Compañías, colectiva, anónima y comanditaria; el primero en las siguientes palabras: «Puede contraerse la Compañía mercantil», etc.; y el segundo, diciendo: «Por regla general las Compañías mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas», etc.; esto es, que tanto en uno como en otro Código no se impone la forma de la Sociedad mercantil, sino que la ley deja en amplia libertad á las partes y presenta luego tres modelos como regla general de asociación, que pueden ó no adoptarse por los contratantes, sin que por eso deje de estar la Sociedad que establezcan constituída conforme al Código, siempre que se cumplan las condiciones generales de constitución; los 284 del antiguo Código y 119 del nuevo, que fijan estas condiciones en la escritura pública inscrita en el Re-

gistro de Comercio; pero este último requisito, si no se cumple, origina sólo, según los 28 del primero de ellos y 24 del segundo, también infringidos, la falta de acción entre los otorgantes; pero añade aquél: «Sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la Sociedad»; y el último, «pero no perjudicarán á tercera persona, quien podrá utilizarlos en lo favorable»; es decir, que respecto á los terceros la Sociedad ó Compañía existe, y es su único requisito de constitución desde que se ha otorgado la escritura pública, aunque no se haya inscrito en el Registro de Comercio, y el efecto de la no inscripción se limita y encierra en las relaciones de los socios entre sí; y por último, se infringe, por aplicación indebida, el art. 125 del Código de 1885, que determina las condiciones que deben concurrir en las escrituras sociales de las Compañías *colectivas*, sin que sea un artículo de aplicación general á toda clase de Sociedades ó Compañías, antes bien, es especial de una de ellas, realizándose la infracción de los citados artículos; en cuanto el fallo recurrido determina no haber lugar á la declaración del estado de quiebra del proindiviso V. Chapa, partiendo de la base de que no es Sociedad ó Compañía constituída conforme al Código de Cómercio, porque no reune todos los requisitos exigidos en el art. 125 del mismo, toda vez que, según los citados, es libre la forma de constitución de las Sociedades mercantiles, y este carácter le tienen por las operaciones á que se dedican, sin ser necesarias las formas colectiva, anónima y comanditaria, que la ley presenta sólo como modelos que pueden ó no adoptarse; y el único requisito de constitución de una Sociedad mercantil para los terceros, carácter que tienen los recurrentes respecto á los otorgantes del convenio de 1878 y adicionales, es la escritura pública, siendo la falta de inscripción en el Registro de Comercio una omisión que está sancionada con pérdida de derechos entre los socios, y para lo que dice á sus relaciones entre sí como tales socios; y, por consiguiente, la escritura de convenio de 22 de Noviembre de 1878, con las adicionales otorgadas entre los herederos de D. Vicente Chapa y Escautell, puede calificarse de escritura de Compañía mercantil: y si le falta alguna de las condiciones exigidas en el art. 125 del Código de Comercio de 1885, como se refiere á las Sociedades colectivas y no es general, ni la forma colectiva ni otra alguna se imponen necesariamente en nuestra legislación, es, por consiguiente, indebida la aplicación de semejante artículo del Código vigente:

Y 5.º Infringir, por último, el fallo recurrido por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, resultando aquél de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador: los artículos 1016 del antiguo Código de Comercio y 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los que la declaración formal del estado de quiebra puede solicitarla cualquier acreedor legítimo, cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles; el 876 del Código de Comercio vigente, que dispone que «para la declaración de quiebra á instancia del acreedor, será necesario que la solicitud se funde en título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución ó apremio, y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago»; el 2.º del mismo Código, que dice: «serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga»; el 443, que preceptúa que la letra de cambio se reputará acto mercantil, y todos los derechos y acciones de ella originados, sin distinción de personas, se regirán por las disposiciones del propio Código; la sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1875, que sienta la doctrina de que «el contrato especial de letras de cambio *es pura y eminentemente mercantil*, se halla definida y regulada de una manera completa y absoluta por las disposiciones del Código de Comercio, que son, por consiguiente, las únicas aplicables á la decisión

de las cuestiones que el cumplimiento de dicho contrato pueda suscitar; y la sentencia de este mismo Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1884, que sanciona que «la declaración formal del estado de quiebra puede solicitarla cualquier acreedor legítimo, cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles, como lo son las letras de cambio aceptadas, no pagadas y protestadas»; en cuanto el fallo recurrido, después de haber aceptado y no contradicho los hechos de la representación de los títulos por los que se han despachado dos mandamientos de ejecución, y de que no resultan del embargo bienes libres bastantes para el pago, deniega la declaración del estado de quiebra del proindiviso V. Chapa, partiendo del error de hecho de suponer que no tienen carácter mercantil ni dimanan de un acto de comercio las deudas que sirven de título á las acreedores; no obstante aparecer en documentos auténticos, como los testimonios librados por D. Vicente Sancho, Escribano del Juzgado de San Vicente, y por el del Juzgado del Mar D. Vicente Llorca, proceder los créditos ostentados por los recurrentes de letras de cambio no pagadas y protestadas; naciendo de este error de hecho el de derecho de suponer que las letras de cambio no tienen carácter mercantil ni son actos de comercio, ni de ellas dimanan obligaciones mercantiles; sin que se pueda oponer á lo dispuesto en los citados artículos 443 del Código de Comercio vigente y á la doctrina de este Tribunal Supremo invocada, la débil consideración de decir que las deudas no fueron contraídas directamente con los actores recurrentes, ni son éstos comerciantes, porque á nadie se le ha ocurrido sostener que el cesionario no queda subrrogado en los derechos del cedente, siempre que sean transmisibles, cual en este caso lo son, y lo ha declarado el Juzgado en la primera de las ejecuciones pendientes contra el proindiviso V. Chapa; y ni la ley ni la jurisprudencia exigen, ni han exigido nunca, que para pedir la declaración de quiebra del deudor hayan de ser comerciantes los acreedores; exigiendo sólo el antiguo Código de Comercio, la ley de Enjuiciamiento civil y nuestra jurisprudencia, que el derecho del acreedor, cualquiera que sea, dimane de obligaciones mercantiles, como lo son las que provienen de las letras de cambio.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que convenido expresamente por los interesados en la escritura de 22 de Noviembre de 1878, entre otras cosas, que la herencia de D. Vicente Chapa y Escautell, que fué comerciante y estuvo matriculado como tal, quedaría proindiviso, y que á su frente se colocaría D. Vicente Chapa Olmos, con las mismas ilimitadas atribuciones respecto de todo que tendría el difunto, si viviese, autorizándole para usar la firma V. Chapa, conferir esta facultad á otra persona, comprar, vender, hacer uso del crédito, girar, descontar letras y toda clase de valores, verificando, en suma, cuantas operaciones fuesen convenientes á la marcha y últimación de los contratos con el Estado y demás negocios pendientes de la testamentaría, y estando obligado á llevar la contabilidad por medio de los libros que el Código de Comercio exige, con las debidas formalidades, sin que fuese válido lo que no se consignase en los asientos de ellos en forma legal, es innegable que dicha testamentaría, atendidos semejantes pactos, la índole de las negociaciones que debía realizar y realizó, y la circunstancia de haber pagado D. Vicente Chapa, que la representaba, la cuota correspondiente de la contribución industrial en los años económicos de 1878 á 79 y 1881 á 82, tenía la cualidad de comerciante, y que al apreciar lo contrario, incurre la Sala sentenciadora, según se alega en el motivo 1.º del recurso, en error evidente de hecho que aparece del referido instrumento público:

Considerando que por haberse establecido en él una asociación comercial, respecto de la que pueden ejercitar sus derechos terceras personas,

conforme al art. 28 del antiguo Código y al 24 del vigente, aunque la escritura no se haya registrado, por tratarse además de créditos procedentes de actos esencialmente mercantiles, como lo son las letras de cambio, con arreglo á la ley y á la jurisprudencia, y por estar probado que la testamentaría cesó en el pago corriente de las obligaciones por ella contraídas, sin que existan bienes bastantes para cubrir sus responsabilidades, la sentencia recurrida que denegó la declaración de quiebra del proindiviso, solicitada por los recurrentes, infringe el art. 1053 de la ley de Enjuiciamiento civil que se invoca en el motivo 3.º, y el cual dispone: que las testamentarías podrán ser declaradas en concurso de acreedores ó en quiebra, en los casos en que así proceda respecto á los particulares, y si lo fueren se sujetarán á los procedimientos de estos juicios:

Considerando que cuando se estima alguno de los motivos de casación, no hay necesidad de ocuparse de los demás que se aducen, ni de los fundamentos contenidos en la sentencia que no abonan ó justifican lo resuelto por ella;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Simón y D. Andrés Carmona, y en su consecuencia casamos y anulamos el auto que en 7 de Mayo de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, y devuélvase el depósito constituído por parte de los recurrentes.—(Sentencia publicada el 3 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

169

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (3 de Junio de 1891). —Sala primera.—*Caducidad de la segunda instancia.* — Ha lugar al interpuesto por D. Ramón Caamaño en pleito con D. Manuel Calvo (Audiencia de la Habana), y se resuelve;

Que el art. 411 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba dispone que «no procederá la caducidad de la instancia por el transcurso de los términos señalados en el art. 410, cuando el pleito hubiese quedado sin curso por fuerza mayor ó por cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes; en cuyos casos se contarán dichos términos desde que los litigantes hubieran podido instar el curso de los autos:

Que por deberse la paralización del pleito á causa independiente de la voluntad del interesado, no procede la caducidad de la instancia, y acordándola, se infringe el mencionado art. 411, cuando si bien ha transcurrido con exceso el plazo fijado por la ley para la caducidad de la segunda instancia, se hallan conformes las partes y la Sala sentenciadora en que durante aquel término cesó en el ejercicio de su cargo el Procurador del apelante, á quien en ninguna forma se dió conocimiento de este hecho.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Junio de 1891, en el pleito seguido en uno de los Juzgados de primera instancia correspondientes á la Audiencia de la Habana, que no consta cuál sea, y en la Sala de lo civil de la misma por D. José Olano, como apoderado de D. Manuel Calvo y Aguirre, con D. Ramón Caamaño Fariñas, vecino de la Habana, sobre pago de cantidad, hoy sobre caducidad de la segunda instancia; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Caamaño, y en su defensa y representación por el Letrado D. Juan Antonio Peña y el Procurador D. José Nieto Cañadas, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que pendientes ante la Sala de lo civil de la Audiencia de

la Habana unos autos declarativos de mayor cuantía, seguidos por D. Manuel Calvo contra D. Ramón Caamaño, en virtud de apelación deducida por éste contra la sentencia del Juzgado, debió sustanciarse ante dicha Sala el incidente de defensa por pobre de Caamaño, cuyo beneficio le fué concedido á éste por sentencia que la misma dictó en 18 de Mayo de 1885, notificada en 24 de Junio siguiente á D. José Irigoyen como Procurador de Caamaño:

Resultando que sin que volviera á practicarse diligencia alguna en los autos, se personó á nombre de Caamaño en 18 de Febrero de 1888 el Procurador D. Ambrosio Pereira, haciendo presente que Irigoyen, que había llevado la representación del apelante como tal Procurador, había cesado en dichas funciones, quedando Caamaño sin Procurador que le representase, y después de practicadas algunas gestiones en busca del asunto á que se refería el escrito del Procurador Pereira, proveyó la Sala el 2 de Mayo de 1889, teniendo por parte á dicho Procurador y ordenando que se diese cuenta por Relator, y dictó después auto en 21 del mismo mes declarando caducada la segunda instancia del pleito y por firme la resolución apelada, con imposición de costas al apelante:

Resultando que D. Ramón Caamaño suplicó de este auto, fundado en que la causa que había dejado el pleito sin curso no era imputable á su voluntad, por cuanto había consistido en haber quedado sin Procurador por haber cesado en las funciones de tal D. José Irigoyen, que le representaba, y no habérsele hecho saber judicial ni extrajudicialmente la cesación de su Procurador para que constituyera nueva representación, por lo cual no era de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 411, que declara que no procede la caducidad de la instancia cuando el pleito hubiere quedado sin curso por cualquier causa independiente de la voluntad de los litigantes; y que tan pronto como se había enterado en el mes de Febrero de 1888 de que Irigoyen no era ya Procurador, se había personado con nueva representación; y por otrosíes propuso prueba sobre los hechos alegados, é impugnada la súplica por la representación de D. Manuel Calvo, fundado en que no existía disposición alguna que obligara á la Sala á hacer saber á las partes la cesación de sus Procuradores, dictó auto la misma Sala en 22 de Agosto siguiente, declarando no haber lugar á la súplica establecida contra el auto de 21 de Mayo de aquel año:

Resultando que D. Ramón Caamaño Fariña interpuso recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1.º El art. 411 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, que declara que no procederá la caducidad de la instancia por el transcurso de los términos señalados en el artículo anterior cuando el pleito hubiese quedado sin curso por fuerza mayor ó por cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes, y que en estos casos se contarán dichos términos desde que los litigantes hubieran podido instar el curso de los autos; en el concepto de que, si bien desde 24 de Junio de 1885 hasta 15 de Febrero de 1888 transcurrió con exceso el tiempo necesario para decretar la caducidad de la instancia, la Sala sentenciadora ha prescindido al hacer esta declaración de que la paralización no fué por culpa del recurrente, sino por causa ajena é independiente de su voluntad, cual fué la de que su Procurador Irigoyen cesara en tal cargo de Procurador de los Tribunales de la Habana, y no se hiciera constar en los autos este hecho transcendental para los efectos del litigio, ni se hiciera saber al recurrente, quien tan pronto como tuvo noticia de la cesación de Irigoyen en su cargo de Procurador, se apresuró á llevar al pleito nueva representación;

Y 2.º El precepto contenido en el caso 2.º del art. 9.º de la misma ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto el fallo recurrido da eficacia para los efectos de declarar la caducidad al tiempo transcurrido con independencia

de su voluntad, que para ser culpable de la omisión era necesario que se hubiera cumplido con lo que dicho artículo determina.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que el art. 411 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba dispone que «no procederá la caducidad de la instancia por el transcurso de los términos señalados en el art. 410 cuando el pleito hubiese quedado sin curso por fuerza mayor ó por cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes; en cuyos casos se contarán dichos términos desde que los litigantes hubieran podido instar el curso de los autos:

Considerando que en el caso de que se trata, si bien ha transcurrido con exceso el plazo fijado por la ley para la caducidad de la segunda instancia sin haber practicado gestión alguna en los autos, se hallan conformes las partes y la Sala sentenciadora en que durante aquel término cesó en el ejercicio de su cargo el Procurador D. José Irigoyen, que lo era del apelante, hoy recurrente, á quien en ninguna forma se dió conocimiento de este hecho; por lo cual, debiéndose la paralización del pleito á causa independiente de la voluntad del interesado, no procede la caducidad de la instancia, y al acordarla, el auto recurrido infringe el mencionado art. 411 que se invoca en el motivo 1.º;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ramón Caamaño Fariñas, y en su consecuencia casamos y anulamos el auto de 22 de Agosto de 1889 y su concordante de 21 de Mayo anterior, dictados por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana.— (Sentencia publicada el 3 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

170

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA (4 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Fernando Aparicio en autos con D. Manuel Fernández (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que si por ignorarse el paradero del demandado en un juicio ejecutivo, se procedió á citarle en la única forma en que podía y debía hacerse con estricta sujeción á lo prescrito en el art. 1460 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su relación con el 269, esto es, por cédula que se insertó en los periódicos oficiales, carece de fundamento la falta de citación y emplazamiento alegada por el ejecutado, y no se incurre en los quebrantamientos de forma previstos en los números 1.º y 4.º del art. 1693 de dicha ley, al dictar sentencia mandando seguir la ejecución adelante.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Junio de 1891, en los autos ejecutivos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Manuel Martínez Fernández, de esta vecindad, cocinero, con D. Fernando Aparicio Hurtado, Licenciado en letras, sobre pago de 5.978 pesetas, intereses y costas; juicio pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el demandado y sostenido ante este Tribunal Supremo por el Letrado D. José María Tárrago y el Procurador D. Federico Grases Riera; no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que con fecha 30 de Junio de 1886, Doña Josefa Safont de Aparicio y D. Fernando Aparicio suscribieron un pagaré á la orden de

D. Manuel Martínez Fernández, jefe de su cocina, y al vencimiento de 10 de Agosto de aquel año, por la suma de 1.978 pesetas, importe de las cuentas de la cocina y los salarios hasta el día de la fecha de dicho documento que se habían liquidado:

Resultando que después de obtenida, en el expediente que al efecto promovió, la defensa por pobre, acudió D. Manuel Martínez al Juzgado de primera instancia del distrito del Norte con escrito fecha 25 de Junio de 1889, al que acompañó el mencionado pagaré, solicitando, con el fin de preparar la acción ejecutiva, que compareciera ante la presencia judicial D. Fernando Aparicio, que habitaba en la calle Juan de Mena, núm. 5, principal, con objeto de que manifestase si dicho documento había sido escrito de su puño y letra, especialmente su nombre y rúbrica, y reconociera la deuda como cierta y legítima:

Resultando que acordado así por el Juzgado, se constituyó el actuario en la mencionada casa, donde se le manifestó por D. José Gutiérrez que Aparicio se encontraba á la sazón en Barcelona, donde generalmente residía, sin perjuicio de lo cual admitía la cédula de citación para remitírsela:

Resultando que el mismo D. José Gutiérrez compareció en el Juzgado al día siguiente de la diligencia anterior, y manifestó que como quiera que D. Fernando Aparicio tenía su domicilio en Barcelona, sin que pudiera designar el punto fijo, si bien cuando permanecía accidentalmente en esta corte lo verificaba en el cuarto principal izquierda de la casa núm. 5, calle de Juan de Mena, de cuya habitación era inquilino D. Alberto Domínguez, según el contrato que exhibió, el cual obraba en poder del manifestante por hallarse ausente el inquilino y estar encargado de la habitación, lo hacía presente á los efectos que procedieran:

Resultando que instruída de esta diligencia la representación de Martínez, solicitó se citase nuevamente á D. Fernando Aparicio en su domicilio, ya expresado, de la calle de Juan de Mena, á lo que el Juzgado declaró no haber lugar por aparecer que el demandado no tenía su domicilio en aquella casa:

Resultando que, en nuevo escrito, la parte actora pretendió se decretase el embargo preventivo de los bienes de Aparicio; y por un otrosí que se citase á éste, en vista de que se ocultaba, por medio de cédula en los periódicos oficiales; á todo lo que accedió el Juzgado, insertándose la cédula de citación en la *Gaceta de Madrid* y *Boletín* de esta provincia por tres veces, la última con apercibimiento de ser declarado confeso; y no habiendo comparecido á pesar de ello el D. Fernando, se hizo por el Juzgado aquella declaración:

Resultando que en 14 de Diciembre de dicho año 1889, D. Manuel Martínez dedujo demanda ejecutiva contra el D. Fernando Aparicio por las 5.978 pesetas del pagaré, intereses y costas, pidiendo se despachase el oportuno mandamiento de ejecución, y por un otrosí solicitó se requiriese de pago y citase de remate al deudor, cuyo paradero seguía ignorándose, por medio de edictos en la forma prevenida por la ley:

Resultando que acordado despachar el mandamiento de ejecución pretendido, y que no siendo conocido el domicilio del deudor, se le citase de remate en la forma que dispone el art. 269 de la ley de Enjuiciamiento civil, concediéndole el término de nueve días para que se personara en los autos y se opusiere, si le convenía, á la ejecución, se verificó la citación de remate por medio de la *Gaceta*, *Diario* y *Boletín* oficiales:

Resultando que librado exhorto, á solicitud del acreedor, al Juez decano de los de primera instancia de Barcelona para el embargo de la casa número 3 de la calle de Traspalacios, que dijo pertenecía al D. Fernando, y de los muebles y efectos que en ella existían, no pudo tener lugar la diligencia porque constituída la Comisión del Juzgado en el piso entresuelo

de la enunciada casa, manifestó D. Agustín Alabadra que habitaba dicho cuarto, que D. Fernando Aparicio sólo tenía allí un despacho, y los pocos muebles que existían en la habitación no eran de la propiedad de éste, ni tampoco la casa, que fué adjudicada por el Juzgado del Parque de aquella ciudad á Doña Concepción Borrell, en mérito de los autos ejecutivos que promovió contra Doña Josefa Safont:

Resultando que D. Fernando Aparicio compareció en los autos dentro del término de la citación de remate, y después de formular demanda de pobreza, con la que se formó ramo separado, se opuso á la ejecución, alegando como único hecho, el de que no había sido citado de remate con las formalidades prescritas en la ley, siéndolo por edictos, para que compareciese á reconocer la firma del documento, base de la demanda, y precisamente las ejecuciones no pueden despacharse sino cuando las citaciones se hacen personalmente al presunto deudor; y apoyándose, como fundamentos de derecho, en el núm. 3.º del art. 1467 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en que el 1431 ordena terminantemente lo que se debe hacer cuando se trata de citar á un deudor para que reconozca la firma de un documento privado, no constando entre esas disposiciones la de que sea citado por cédula, ni por edictos, lo cual demostraba de un modo palmario que las citaciones relativas al caso actual habían de ser personales, solicitó se declarase la nulidad de todo lo actuado, imponiendo las costas á quien hubiere lugar:

Resultando que conferido traslado al demandante, lo evacuó negando que se hubiese incurrido en defectos de procedimiento, pues el Juzgado se había ajustado estrictamente á la ley de Enjuiciamiento civil; bastando leer los autos para observar que se habían hecho las tres citaciones que prescribe la de Procedimiento, la tercera de ellas con el apercibimiento de la declaración de confeso, siendo citado de remate el deudor en la forma procedente, y alegó además: disponer el núm. 3.º del art. 1467 de la mencionada ley, que podrá pedirse la nulidad del juicio cuando el deudor no hubiera sido citado de remate con las formalidades previstas en la misma ley, y el 1460, que cuando no sea conocido el domicilio del deudor ó se ignorase su paradero, se le citará de remate por medio de edictos en la forma prevenida en el número 269; ordenando este último artículo, en relación con el 270 y sus concordantes, se haga la notificación, citación ó requerimiento, insertándolos en los diarios oficiales cuando se ignorase el domicilio de la persona que deba ser citada y emplazada, y ser indiscutible que Aparicio procedía con notoria temeridad, debiendo imponérsele cuantas responsabilidades correspondieran, incluso las costas; por todo lo cual pidió se dictase sentencia ordenando seguir la ejecución adelante:

Resultando que recibidos los autos á prueba, sólo la practicó el ejecutado, y continuados en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia con fecha 20 de Septiembre último, por la que confirmó la de remate pronunciada por el Juez de primera instancia en 9 de Abril anterior:

Resultando que D. Fernando Aparicio ha interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en los números 1.º y 4.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea no haber sido citado de remate con arreglo á derecho, citación que es el emplazamiento en los juicios ejecutivos, y por lo tanto la citación también para sentencia definitiva en los mismos, pues aun cuando en uno de los fundamentos de la dictada por la Sala de la Audiencia se consigna era ignorado su paradero, en esto precisamente consiste el error en que en aquélla se incurre, cual lo comprueban las fechas de su razón, dado que la de remate del Juzgado se pronunció en el mes de Abril, y hasta el 28 de Mayo, esto es, con dos meses

de posterioridad á esta sentencia, y de tres á contar desde la citación del remate, no se dió orden para la busca y captura de Aparicio, teniendo lugar ésta en el domicilio que designó Martínez, quien antes no había intentado proceso alguno contra el referido Aparicio, viviendo éste en la indicada fecha de la citación de remate, como antes y después, en la Bajada de Viladecolls, núm. 2, Barcelona, según denunció el Martínez.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que instado por D. Manuel Martínez juicio ejecutivo contra el hoy recurrente D. Fernando Aparicio, é ignorándose el paradero de éste, se procedió á citarle en la única forma en que podía y debía hacerse, con estricta sujeción á lo prescrito en el art. 1460 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su relación con el 269; esto es, por cédula que se insertó en los periódicos oficiales:

Considerando que carece por tanto de fundamento cuanto se alega en el presente recurso acerca de la falta de citación y emplazamiento, y que no se ha incurrido en los quebrantamientos de forma, previstos y penados en los números 1.° y 4.° del art. 1693 de la ley antes citada, al dictar sentencia mandando seguir la ejecución adelante;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Fernando Aparicio y Hurtado, á quien condenamos al pago, por razón de depósito, de la cantidad de 500 pesetas, que satisfará si se le hubiese negado ó negare, en el incidente de su referencia, la defensa en concepto de pobre, ó si otorgada ésta viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces aquella cantidad con arreglo á la ley; no hacemos declaración respecto á costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 4 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

171

Recurso de casación (5 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de institución hereditaria.*—No ha lugar en parte á la admisión del interpuesto por D. Victorio Andrés, en pleito con D. Antonio Bermina (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que con arreglo á lo prescrito en el núm. 9.° del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, son inadmisibles los motivos del recurso que se dirigen contra las apreciaciones hechas por la Sala sentenciadora, en lo referente á la prueba testifical, en uso de las facultades que le otorga el art. 659 de dicha ley, y no se cita precepto alguno legal concreto y determinado que pudiera haber sido infringido.

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada dictó sentencia en 9 de Febrero del corriente año, confirmatoria con las costas de la del Juez de primera instancia del distrito del Sagrario de aquella ciudad, estimando la demanda interpuesta por D. Antonio Bermina y Laborio, declarando en su virtud de ningún valor y efecto la institución hereditaria hecha por D. Juan José Bermina y Laborio en su testamento de 26 de Septiembre de 1884 á favor de Doña María del Carmen Bermina y Rodríguez, considerándola como hija natural del mismo, condenando á ésta á devolver todos los bienes de la herencia á los herederos legítimos del precitado testador:

Resultando que D. Victorio Andrés Ramos, como representante legal

de su mujer Doña María del Carmen Bermina y Rodríguez y de su hija Doña Victoria, ha interpuesto recurso de casación fundado en nueve motivos ó conceptos, alegando en el señalado con el núm. 8.º que el fallo ha incurrido en error de derecho en la apreciación de las pruebas, infringiendo el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellos concurran.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando, en cuanto al octavo motivo de casación de los alegados en el presente recurso, que dirigiéndose contra las apreciaciones hechas por la Sala sentenciadora, en lo referente á la prueba testifical, en uso de las facultades que le otorga el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se cita precepto alguno legal concreto y determinado que pudiera haber sido infringido, por lo que no cabe admitir en esa parte el recurso, con arreglo á lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley antes citada;

Se admite el recurso de casación interpuesto por D. Victorio Andrés y Ramos, en la representación indicada, en cuanto á los motivos 1.º al 7.º y 9.º del mismo; no haber lugar á su admisión en cuanto al 8.º, y pasen los autos á la Sala primera de este Supremo Tribunal, publicándose esta resolución en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 5 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

172

RECURSO DE CASACIÓN (6 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Declaración de bienes reservables y constitución de hipoteca.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Catalina Barceló en pleito con D. Francisco Quer (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que si el testador legó el usufructo de todos sus bienes con los aumentos que de él resultasen á su esposa, relevándola de prestar fianza y de toda otra caución, pero con la obligación de tomar inventario, satisfacer las cargas y mantener y educar á la común familia, cuyo usufructo cesaría si aquélla pasaba á segundo matrimonio, ó bien cuando el hijo de ambos se casase, siendo mayor de edad; y en lo restante de todos sus bienes instituyó herederos por partes iguales á la esposa y al hijo, la sentencia que declara que por el hecho de haber contraído la viuda segundo matrimonio viene obligada á reservar á favor del hijo habido con su primer marido los bienes todos que el mismo le dejó en su testamento, no infringe la ley de éste, puesto que dicha última disposición no releva á la viuda de la obligación de reservar:

Que tampoco infringe los artículos 194 y 195 de la ley Hipotecaria, al disponer que la madre constituya hipoteca para garantir en lo necesario la mencionada reserva, por ser ésta la natural consecuencia de la expresada declaración, siendo además notorio que la oposición de aquélla á la solicitud del hijo sobre anotación como reservables de la mitad de los inmuebles y constitución de hipoteca por los muebles, vino á precisar el procedimiento ordinario al que sirviese de base el inventario formulado por la misma al fallecer su primer marido, y en el cual pudo hacer valer ampliamente sus derechos:

Que al imponerla la obligación de garantir con hipoteca el peculio de su hijo, no se infringe, en el concepto de ser éste ya mayor de edad al pronunciarse la sentencia, el art. 134, párrafo segundo del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, complementario aquél del núm. 2.º del art. 168 de ésta, si es notorio que al establecerse la demanda era menor, razón por la

cual estaba la madre usufructuando y administrando dicho peculio, y lo es también que al dictarse el fallo y cuando ya no podía ostentar tales derechos, continuaba detentándolo, y por lo tanto, subsistía su obligación de garantir la entrega del mismo:

Que no puede tener el valor de la cosa juzgada para los efectos del pleito la resolución que puso término á la reclamación anteriormente formulada por el curador del menor para que la madre garantizase así la reserva como el peculio de su hijo, si la absolución de aquélla se fundó en la nulidad de actuaciones, y en no haberse precisado cuál fuera el líquido importe de lo que debía garantir, demostrándolo más y más la reserva expresa de derechos establecida en dicha resolución á favor de la madre y del hijo por su interés en la herencia, reserva que sólo podía referirse al mencionado pleito.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad, por D. Francisco Quer y Barceló, propietario, con su madre Doña Catalina Barceló y García, asistida de su marido D. Eduardo Grau y Cuxó, vecinos ambos de Barcelona, sobre que se declaren reservables ciertos bienes y se constituya hipoteca en su garantía, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto por la demandada, y en su defensa y representación el Letrado D. Modesto Lloréns y el Procurador D. Pablo Soler, habiéndolo estado la parte recurrida por el Doctor D. Germán Gamazo y el Procurador D. Luis de Figuerola:

Resultando que D. Juan Quer y Sagristá falleció en 15 de Mayo de 1872 bajo testamento otorgado en 29 de Agosto de 1870, en el que legó el usufructo de todos sus bienes con los aumentos que de él resultasen á su esposa Doña Catalina Barceló y García, relevándola de prestar fianza y de toda otra caución; pero con la obligación de tomar inventario, satisfacer las cargas de los bienes, si las hubiese, y de mantener y educar á la común familia, cuyo usufructo cesaría si pasaba dicha su esposa á segundo matrimonio, ó bien cuando su hijo Francisco se casase, siendo mayor de edad; y en lo restante de todos sus bienes instituyó herederos por partes iguales á su citada esposa Doña Catalina Barceló y al hijo único de ambos, Francisco Quer y Barceló, sustituyendo á éste su expresada madre en el caso en que falleciera en la edad pupilar:

Resultando que Doña Catalina Barceló contrajo segundo matrimonio con D. Eduardo Grau y Cuxó en 28 de Octubre de 1876, y en 19 de Enero de 1887 su hijo D. Francisco, representado por su curador *ad litem*, acudió al Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona, pretendiendo en este primer escrito la anotación en el Registro de la propiedad de la calidad de reservable de la mitad de una casa que su madre poseía procedente de su marido; y en escrito de 17 de Octubre siguiente la constitución de hipoteca en garantía de los bienes muebles que tenía su madre de la misma procedencia, por razón también de su calidad de reservables; y por virtud de la oposición que á tales pretensiones hizo Doña Catalina, dictó sentencia el Juzgado en 27 de Diciembre del mismo año, declarando nulas todas las actuaciones practicadas en méritos del expediente antes de que se procediera á su reparto; dejando en su consecuencia sin efecto el auto dictado en el mismo en 19 de Enero, y que no había lugar á imponer á Doña Catalina la obligación de constituir especial hipoteca sobre sus bienes por la cantidad de 150.000 pesetas en los términos y á los efectos que se solicitaban en la demanda; y reservando á D. Francisco Quer, lo mismo que á Doña Catalina Barceló, el derecho que pudiera corresponderles por su respectivo interés en la herencia de Don Juan Quer, para que pudieran ejercitarlo en debida forma, cancelándose

en su virtud la anotación preventiva de la demanda, á cuyo efecto se expidieran los oportunos mandamientos:

Resultando que en 11 de Abril de 1888 dedujo D. Francisco Quer y Barceló, y en su nombre su curador *ad litem*, la demanda que ha motivado este pleito, que fué repartida al Juzgado de la Universidad, pidiendo en primer lugar se declarase que era reservable á su favor la mitad de la casa núm. 25 de la calle de la Puerta del Angel de aquella ciudad, y 14 de la de Fontanella, cuya mitad se hallaba inscrita á favor de su madre Doña Catalina como heredera de su primer marido D. Juan Quer; disponiendo al efecto que se dirigiera el correspondiente mandamiento por duplicado al Registrador de la propiedad de aquel partido para que hiciese constar la cualidad de reservable de dicha mitad de casa por nota marginal en la inscripción de dominio; y en segundo término, que se condenase á Doña Catalina á que en el término de diez días constituyera hipoteca especial sobre los bienes de su propiedad que se describían en el hecho décimonoveno de esta demanda, por la cantidad de 104.452 pesetas y 22 céntimos, parte que se fija en garantía del peculio correspondiente al menor demandante, y lo restante por los bienes reservables no inmuebles á favor del mismo menor; á cuyo efecto se dirigiera el correspondiente mandamiento por duplicado al Registrador de la propiedad de Mataró para que inscribiera dicha hipoteca sobre los expresados bienes descritos en el hecho décimonoveno; y en apoyo de estas pretensiones alegó en cuanto es esencial para el recurso iuterpuesto: que por virtud del segundo matrimonio contraído por Doña Catalina y de haberse casado también el demandante en 30 de Junio de 1887, habían surgido dos consecuencias jurídicas: la primera, que la parte de herencia que había correspondido á Doña Catalina de su primer marido, padre del demandante, había quedado sujeta á reserva á favor de éste, en virtud de la ley 3.ª, de *secundis nuptiis,* y del capítulo 23 de la Novela 22; sin que pudiera obstar el supuesto de que el testador quiso dejar libre á su consorte la disposición de la mitad de la herencia, aun en el caso de contraer segundo matrimonio, porque semejante concesión no resultaba de aquella última y solemne voluntad; siendo indudable que sobre la expresada mitad de herencia perteneciente á Doña Catalina tenía su hijo el demandante derecho á hipoteca legal, en virtud de lo prescrito en el párrafo segundo del art. 168 de la ley Hipotecaria, debiendo constituirse esta hipoteca en la forma prescrita en el párrafo segundo del art. 194; y en la segunda consecuencia, que el demandante tenía derecho á que su madre, mientras no le hiciese entrega de su peculio, le garantizara el importe del mismo, en virtud de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 202 de la misma ley Hipotecaria:

Resultando que Doña Catalina Barceló y García opuso á la demanda las excepciones de falta de acción y derecho en el demandante y de cosa juzgada, pidiendo por virtud de ellas se la absolviera de dicha demanda, imponiendo á su hijo D. Francisco silencio y callamiento perpetuo y condenándole además á indemnizarla los daños y perjuicios que le había irrogado con la anotación preventiva de su demanda; y en apoyo de dichas excepciones invocó el texto del testamento de D. Juan Quer y la sentencia dictada por el Juzgado del Parque en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre constitución de hipoteca promovido por el curador *ad litem* de su hijo; habiéndose discutido por ambas partes sobre otros muchos hechos relativos á la determinación de los bienes dejados por D. Juan Quer:

Resultando que evacuados los trámites de réplica y dúplica con las mismas pretensiones antes deducidas, se suministraron pruebas por ambas partes, apareciendo de autos que el demandante D. Francisco entró en la mayor edad en el curso de la primera instancia:

Resultando que el Juez de la Universidad de Barcelona dictó senten-

cia en 7 de Febrero de 1889, y la Sala primera de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad la confirmó con las costas en 11 de Abril de 1890, declarando reservable á favor del demandante D. Francisco Quer y Barceló la mitad de la casa núm. 25 de la calle de la Puerta del Angel, y 14 de la de Fontanella de aquella ciudad, cuya mitad se hallaba inscrita á favor de la demandada Doña Catalina Barceló y García, como heredera de su difunto esposo D. Juan Quer y Sacristá, expidiéndose al efecto el oportuno mandamiento por duplicado al Registrador de la propiedad del distrito de Oriente, para que hiciera constar la calidad de reservable por nota marginal en la inscripción de dominio; y condenando á Doña Catalina Barceló y García á que en el término de diez días constituyera hipoteca especial sobre las tres fincas de su propiedad descritas en el hecho décimonoveno de la demanda que radicaban en el partido de Mataró por la cantidad total de 104.452 pesetas 22 céntimos, á saber: en cuanto á 53.476 pesetas 11 céntimos, en garantía del peculio correspondiente al D. Francisco Quer y Barceló; y en cuanto á 50.976 pesetas 11 céntimos, por los bienes reservables no inmuebles á favor del mismo; á cuyo efecto se dirigiera el oportuno exhorto con los insertos necesarios al Juez de primera instancia de Mataró para la inscripción correspondiente, no dando lugar á la indemnización de los daños y perjuicios reclamados por la demandada Doña Catalina Barceló y García, sin hacer especial condenación de costas de aquella primera instancia:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas para los efectos de la ley, interpuso Doña Catalina Barceló y García de Grau recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.° y 5.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón de los siguientes motivos:

1.° Porque la sentencia infringe la ley constituída por la voluntad del testador, expresada claramente en su testamento, y la doctrina legal que declara esa voluntad respetable, como tal ley, consignada en repetidas sentencias de este Tribunal Supremo, y particularmente en las de 4 de Junio de 1879 y 24 de Mayo de 1882, toda vez que, no obstante ser explícita y terminante la voluntad de D. Juan Quer y Sagristá, que murió teniendo la libérrima disposición de lo suyo, de que su esposa la recurrente con el usufructo de los bienes por él dejados tuviera durante su viudez los aumentos que el mismo usufructo produjera, y además, y en cualquier caso, viuda ó vuelta á casar tuviera libre, con carácter de heredera, la mitad de los indicados bienes; la sentencia recurrida declara que la recurrente Doña Catalina no puede disponer de nada de lo que ha venido á ser suyo por virtud del testamento de su primer marido, sino que debe reservarlo todo á favor de su hijo:

2.° Por infracción de los artículos 194 y 195 de la ley Hipotecaria, que determinan el especial procedimiento que debe seguirse para exigir y constituir la hipoteca especial por razón de bienes reservables, porque la sentencia manda que esa hipoteca se constituya, y decreta la correspondiente inscripción, sin que el procedimiento se haya atemperado en nada á las prescripciones de los citados artículos:

3.° Porque asimismo infringe la sentencia el art. 134 en su párrafo segundo del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, en cuanto completa el núm. 2.° del 168 de esa misma ley; pues prescribiendo dicha disposición del reglamento de una manera terminante que la hipoteca legal que conforme al núm. 2.° del art. 68 de la ley se establece en favor de los hijos sobre los bienes de sus padres para la seguridad del peculio, se entenderá limitada á los casos en que la administración y usufructo de dicho peculio corresponda á éstos, con arreglo á la ley de Matrimonio civil, la Sala sentenciadora, sin tener en cuenta que la recurrente no tiene ya la administración y el usufructo del peculio de su hijo, porque éste se

halla emancipado con arreglo á las disposiciones de la expresada ley de Matrimonio civil, lo cual consta en autos de manera fehaciente, impone la constitución de hipoteca por el peculio de D. Francisco Quer y Barceló, que su madre no administra, ni usufructa ni posee, lo cual produce error de derecho notorio en la apreciación de las pruebas;

Y 4.º Las leyes 5.ª y 6.ª del tít. 2.º del libro 44 del Digesto, concordantes con las 19, 20 y 21 del tít. 22 de la Partida 3.ª, así como la doctrina que se deduce de las sentencias de este Tribunal Supremo de 1.º de Diciembre de 1857, 18 de Marzo de 1861, 22 de Mayo de 1867 y 7 de Febrero de 1881, según las que no se puede promover pleito sobre lo mismo que se ha decidido ya por sentencia firme; porque en autos consta que por sentencia firme de 27 de Diciembre de 1887 se rechazó lo mismo que en este pleito ha pretendido el demandante y le ha sido concedido por la Sala sentenciadora, quebrantando la ley de la cosa juzgada.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley del testamento invocada en el motivo 1.º, al declarar que por el hecho de haber contraído segundo matrimonio Doña Catalina Barceló, viene obligado á reservar á favor del hijo único que hubo en el primero con D. Juan Quer los bienes todos que éste le dejó en su testamento de 29 de Agosto de 1870, puesto que dicha última disposición no la releva de la obligación de reservar, que por lo demás y de una manera precisa imponen á todo viudo con hijos que se casa de nuevo las leyes que sirven de fundamento á dicha sentencia:

Considerando que tampoco infringe los artículos de la ley Hipotecaria señalados en el motivo 2.º, al disponer que la recurrente constituya hipoteca para garantir en lo necesario la mencionada reserva, porque además de ser esta la natural consecuencia de aquella declaración, es notorio que la oposición formulada por dicha recurrente vino á precisar el procedimiento ordinario á que ha servido de base el inventario formulado por ella misma al fallecer su primer marido, y en el cual ha podido hacer valer ampliamente todos sus derechos:

Considerando que esto mismo sucede respecto á los artículos de dicha ley y su reglamento, citados en el motivo 3.º, al imponerle la obligación de garantir también con hipoteca el peculio de su referido hijo en el concepto de ser éste ya mayor de edad, porque sobre ser notorio que al establecerse la demanda era menor, razón por la cual estaba la recurrente usufructuando y administrando dicho peculio, lo es también que, al dictarse el fallo recurrido y cuando ya no podía ostentar tales derechos, continuaba detentándolo, y, por lo tanto, subsistía su obligación de garantir la entrega del mismo:

Considerando que no puede tener el valor de cosa juzgada, para los efectos de este pleito, la resolución que puso término á la reclamación formulada en 1887 por el curador del menor para que su madre garantizase así la reserva, como el peculio de su hijo, puesto que la absolución de la recurrente se fundó en la nulidad de actuaciones y en no haberse precisado cuál fuera el líquido importe de lo que debía garantir, demostrándolo más y más la reserva expresa de derechos á favor de la madre y del hijo por su interés en la herencia, reserva que sólo podía referirse al litigio que motiva este recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Catalina Barceló y García, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación corres-

pondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

173

Recurso de casación (10 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Pago de cuenta jurada.* — No ha lugar al interpuesto por D. Román Folla en autos con D. Marcial Neira y otros (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que la acción que compete al Procurador para exigir de su poderdante moroso las cantidades que le adeude por sus derechos y por los gastos que le hubiere suplido para el pleito, es de todo punto independiente de la sentencia que en éste se dictó, que no puede afectar en nada á aquella acción, por más que se deduzca en los mismos autos:

Que el art. 1731 del Código civil, que hace solidaria la obligación de los que apoderan á un tercero para un negocio común, no es aplicable á poderes anteriores á su publicación, debiendo, en tal caso, observarse la ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en defecto de lo que resulta de los poderes.

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Junio de 1891, en las diligencias instruídas en el Juzgado de primera instancia de Becerreá y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por virtud de cuenta jurada deducida ante dicha Sala por el Procurador D. Román Folla Miragaya contra sus representados D. Marcial Neira Arias, D. Antonio Trobo y D. Antonio Legarfie, en pleito seguido con Doña Amalia Magdalena Peiralón, sobre reconocimiento de dominio y pago de pensiones, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto por D. Román Folla, y en su defensa y representación por el Letrado D. Aureliano Linares Rivas y el Procurador D. Manuel Martín Veña; habiendo comparecido tan solo de los recurridos D. Marcial Neira y, por su fallecimiento, su viuda Doña Carolina Martínez López, propietaria y vecina de la parroquia de San Esteban, por sí y en representación de sus hijos D. Marcial Jesús, D. Eduardo, Doña Corsina, Doña Aurora y Doña Regina Neira Martínez, y su hijo mayor de edad D. Ramón Neira Martínez, Abogado y propietario, de la misma vecindad, defendidos por el Licenciado D. Faustino Martínez López y representados por el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana:

Resultando que en el Juzgado de primera instancia de Becerreá siguieron autos con Doña Amalia Magdalena Peiralón sobre reconocimiento de dominio y pago de pensiones, D. Marcial Neira Arias, D. Antonio Trobo y D. Antonio Legarfie, á quienes en la segunda instancia representó ante la Audiencia de la Coruña el Procurador D. Román Folla Miragaya, en virtud de los oportunos poderes que para tal efecto tenían otorgados por separado cada uno de los tres litigantes expresados:

Resultando que en dichos autos se dictó sentencia definitiva por la Sala de lo civil de la Audiencia en 4 de Diciembre de 1888, condenando (así parece deducirse del primer considerando del auto recurrido) á Neira, Trobo y Legarfie al pago de las costas ocasionadas á la parte contraria, con la declaración de que serían de cuenta y cargo de aquellos tres por iguales partes; y habiendo acudido el Procurador D. Román Folla en 18 de Febrero del siguiente año á dicha Sala sentenciadora, formulando cuenta girada por la cantidad de 998 pesetas 67 céntimos contra sus tres representados D. Marcial Neira, D. Antonio Trobo y D. Antonio Legarfie, dictó providencia dicha Sala al siguiente día 19, acordando se librase certificación cometida al Juez de primera instancia para que mandara requerir á los tres susodichos Neira, Trobo y Legarfie, á fin de que en el término de diez días

pagaran con las costas al Procurador D. Román Folla la expresada cantidad de 998 pesetas 67 céntimos que reclamaba, y transcurrido que fuese dicho plazo sin realizar el pago, se verificara solidaria y mancomunadamente en bienes de los mismos:

Resultando que decretado por el Juzgado el cumplimiento de la orden expedida por la Audiencia, consignó D. Marcial Neira en poder del actuario la cantidad de 1.384 reales por la tercera parte que en su entender le correspondía abonar de la reclamada por Folla, y habiendo acordado el Juzgado que se le requiriera en la forma ordenada, por cuanto no había consignado la cantidad íntegra y la obligación era solidaria, una vez practicado el requerimiento, presentó un escrito el mismo Neira, protestando del giro ó tramitación iniciada para exigirle más de la tercera parte del importe de la cuenta girada, é interesando del Juzgado que suspendiera todo procedimiento contra él, previa declaración de que sólo le correspondía pagar la tercera parte que ya tenía consignada:

Resultando que el Juzgado proveyó en 22 de Abril, declarando no haber lugar á lo pretendido por D. Marcial Neira, de cuyo proveído pidió éste reforma, solicitando que, previa su tramitación con arreglo á derecho, se accediera á lo que había solicitado en su anterior escrito, alegando en su apoyo, que donde no hay ley ó contrato que establezca la solidaridad en la deuda, debe considerarse ésta mancomunada, y por consiguiente á partes iguales, siendo de esta clase la de que se trataba; que en la sentencia que había puesto término al pleito se consignaba que las costas se pagarían por partes iguales, lo cual no podía ser revocado por una simple providencia de tramitación; y que no habiendo habido unidad de defensa en las tres representaciones que había tenido el Procurador Folla; habiendo sido distintas las excepciones y emanando su personalidad de distintos poderes, no era justo ni equitativo que, habiendo podido pedir dicho Procurador á las partes, y á cada una de ellas, provisión de fondos, hubiera dejado de hacerlo, permitiendo que se hicieren insolventes algunos de sus representados, para después reclamar todos los gastos de uno solo, y no habiendo hecho uso la representación del Procurador Folla dentro del término correspondiente del traslado que se le confirió de dicha reforma con entrega de la copia oportuna, dictó auto el Juez en 6 de Mayo de dicho año 1889, declarando no haber lugar á la reposición de la providencia de 22 de Abril:

Resultandoque apelado este auto por D. Marcial Neira y sustanciada la apelación, admitida en ambos efectos, dictó auto la Sala de lo civil en 24 de Diciembre siguiente, revocando el apelado y la providencia de 22 de Abril, y declarando en su lugar que D. Marcial Neira no estaba obligado á satisfacer más que la tercera parte de las costas causadas en el pleito, que constaban en la certificación presentada á nombre del Procurador Folla:

Resultando que D. Román Folla Miragaya interpuso recurso de casación, por considerar infringidos:

1.º El principio de derecho axiomático de que los autos dictados en ejecución de una sentencia no pueden inmiscuirse en hacer interpretaciones de lo que la misma sentencia dice, sino lisa y llanamente limitarse á cumplirla; toda vez que, disponiendo la sentencia de cuya ejecución se trata, que el pago de las costas causadas por Doña Amalia Magdalena Peiralón corresponde por iguales partes á los representados del Procurador recurrente, amplía esta declaración á los gastos suplidos y á los derechos devengados por el mismo recurrente en la misma representación que tenía, cuando la sentencia no lo dice, y cuando además no pueden considerarse como costas en materia civil los gastos de la representación que ha de satisfacerlos:

Y 2.º El art. 1731 del Código civil, porque declarándose en él que to-

dos los mandantes de un negocio común quedan solidariamente obligados para todos los efectos del mandato, el auto recurrido, sin embargo, declara en su fallo que no existe semejante solidaridad, y distribuye por iguales partes el pago de una obligación á la que todos y cada uno responde por la obligación completa.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la acción que compete al Procurador para exigir de su poderdante moroso las cantidades que le adeude por sus derechos y por los gastos que le hubiere suplido para el pleito, es de todo punto independiente de la sentencia que en éste se dictó, que no puede afectar en nada á aquella acción, por más que se deduzca en los mismos autos:

Considerando que reclamados por el Procurador Folla sus derechos y suplementos de sus representados, la cuantía en que uno de ellos ha querido satisfacer su parte es cuestión enteramente independiente de la sentencia recaída en el pleito, y por lo mismo, lo que acerca de ese punto ha resuelto la Audiencia, no habiendo podido infringir ni ha infringido dicha sentencia, de cuya ejecución no se trata, por más que se haya invocado con más ó menos propiedad en un considerando, y por consiguiente no puede estimarse el primer motivo del recurso:

Considerando que los poderes en cuya virtud representó el recurrente á los por él apremiados, y el pleito mismo, son anteriores á la publicación del Código civil, de donde se sigue que éste no puede tener aplicación en el presente recurso, y por tanto, tampoco puede estimarse el segundo motivo en que se invoca el art. 1731, que hace solidaria la obligación de los que apoderan á un tercero para un negocio común; debiendo en todo caso atenerse, por el contrario, á lo dispuesto en la ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en defecto de lo que resulta de los poderes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Román Folla y Miragaya, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 10 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Septiembre del mismo año.)

174

RECURSO DE CASACIÓN (12 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Cancelación de escritura de fianza hipotecaria.*—No ha lugar al interpuesto por Doña María Salomé Paz y otros en pleito con el Banco de España (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que, según las leyes 21 y 38, tít. 13, Partida 5.ª, y los artículos 79 de la ley Hipotecaria y 67 del Reglamento general para su ejecución, para que se desate la obligación que fecha sobre los peños, *ó proceda la cancelación total de la hipoteca constituída á favor del acreedor, es requisito indispensable que esté pagada la deuda ó se haya extinguido por completo el derecho real inscrito.*

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de Valladolid y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio, por D. Pablo Paz Nicolás, en un principio, y después por sus hijos y herederos Doña María Salomé, D. Ramón y D. José Paz Zorita, vecinos todos de Valladolid, con el Banco de España, sobre cancelación de una escritura de fianza hipotecaria, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación

por infracción de ley, interpuesto por los demandantes, y en su defensa y representación por el Doctor D. Miles Bea y López y el Procurador Don José Cirilo Díaz, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Luis Díaz Cobeña y el Procurador D. Pedro Manget:

Resultando que en escritura pública otorgada en Valladolid en 30 de Junio de 1879 por D. Pablo Paz Nicolás y por D. Jerónimo Martínez Sangrós, en concepto de delegado principal del Banco de España para el servicio de la recaudación de contribuciones en aquella provincia, se consignaron los hechos siguientes: primero, que D. Pablo Paz había tenido á su cargo, por espacio de seis años, la recaudación de contribuciones directas de la villa de Olmedo y pueblos de su demarcación en representación del Banco de España; segundo, que habiendo cesado el mismo en la cobranza de las contribuciones que ejecutaba en representación ó como dependiente de dicho Establecimiento, había practicado en la Delegación del mismo en aquella población, de la que era Jefe Sangrós, una liquidación general ó fin de cuenta, que había dado por resultado un alcance contra él de 13.201 pesetas; y tercero, que no siéndole posible satisfacer dicha suma á la Delegación del Banco, había solicitado del otorgante Sangrós, como Delegado principal en aquella ciudad, le acordara plazo para el pago de la expresada suma, á lo que había accedido, concediéndole tres años, durante los cuales debería abonar el 6 por 100 anual, que iría disminuyendo en proporción al importe de las cantidades que fuese satisfaciendo de la deuda principal, entendiéndose que si durante los tres años Sangrós cesaba en el ejercicio del cargo con que comparecía, concluirían irrevocablemente los plazos que hubiera pendientes, y el sucesor de Sangrós quedaría en plena libertad para conseguir el cobro, y que lo establecido había de consignarse en escritura pública, en la que constituiría D. Pablo Paz hipoteca para asegurar el pago del débito é intereses, y en armonía con tales hechos y bases se establecieron después en esta escritura, en seis cláusulas, las declaraciones y obligaciones consiguientes, expresándose en la 5.ª que por si cualquiera circunstancia D. Jerónimo Martínez Sangrós cesaba en el cargo que en la actualidad desempeñaba, y con el que otorgaba esta escritura dentro del plazo de los tres años estipulados, no obligaría el presente contrato á quien le sucediera en la Delegación, pudiendo, por lo tanto, el nuevo Delegado obrar contra Paz según le conviniera, y como si este contrato no existiera, toda vez que sólo surtiría sus efectos con relación á los dos otorgantes únicamente, y mientras D. Jerónimo fuera tal Delegado; y en la 6.ª, que en garantía de la suma expresada y de sus intereses, D. Pablo constituía hipoteca en favor de la Delegación principal del Banco de España en aquella ciudad sobre las 21 fincas que á continuación señalaba:

Resultando que en Febrero de 1882 solicitó D. Pablo Paz Nicolás del Director del Banco de España en Valladolid, que á la sazón lo era D. Martín Botella, que se le expidiera certificación en que constase si por algún concepto era deudor á la Delegación del Banco en aquella ciudad por razón del cargo que había desempeñado desde 1871 hasta 23 de Julio de 1877 de Auxiliar recaudador de contribuciones bajo las inmediatas órdenes de D. Benito Alonso, agente recaudador del partido de Olmedo, á quien rendía sus cuentas y con quien las liquidaba; y en vista de lo informado por el Interventor de que no llevándose en la Sección de Contribuciones cuenta corriente á los recaudadores subalternos de las agencias de partido, ni existiendo las liquidaciones parciales que los Jefes de partido debieron presentar al practicar la general de su cargo, á cuyos documentos únicamente se podía referir la certificación de solvencia solicitada, no era factible proveer al exponente D. Pablo Paz, recaudador que había sido á las inmediatas órdenes del agente de Olmedo, del documento de que ha-

cía mérito en sus instancias, acordó el susodicho Director del Banco en 20 de Marzo del mismo año que se devolviese la instancia al interesado:

Resultando que con este último documento, y después de haber obtenido por sentencia firme la declaración de pobreza para litigar, dedujo D. Pablo Paz Nicolás en Valladolid en 28 de Marzo de 1887 la demanda de este pleito, con la solicitud de que se condenase al Director de la sucursal del Banco de aquella ciudad á cancelar la escritura hipotecaria que había otorgado en 30 de Julio de 1879, verificándose la cancelación de oficio si no lo verificaba, y en su apoyo alegó: que había sido auxiliar recaudador de contribuciones en el partido de Olmedo desde 1871 hasta 23 de Julio de 1877, bajo las inmediatas órdenes del agente recaudador Don Benito Alonso, á quien rendía sus cuentas y con quien las liquidaba; que sin terminar Alonso en su cargo de agente recaudador, trató el demandante de que le practicara su liquidación, presentándole al efecto un balance de los recibos que le había entregado para el cobro y de las cantidades que le había dado, lo cual no era más que un documento de particular á particular, sin que él tuviera que ver nada con la Delegación del Banco, conforme resultaba del decreto puesto por su Director á la solicitud que había dirigido y que acpmpañaba; que á pesar de esto y sin que el demandante fuese responsable al Banco de cantidad alguna, puesto que no dependía de él, el Delegado principal de Contribuciones D. Jerónimo Martínez Sangrós hizo que otorgase escritura hipotecaria á favor de dicho Establecimiento en 30 de Julio de 1879, por la cantidad de 13.201 pesetas, que se supuso era en deber por un cargo que jamás había ejercido, de cuya cantidad en todo caso, como dependiente del agente recaudador Don Benito Alonso, éste sería el único responsable para con el Banco; que en corroboración de lo expuesto hacía presente que el D. Benito Alonso siguió pleito contra la Delegación del Banco de España en aquella ciudad para que se le abonase la cantidad de 7.550 pesetas 79 céntimos que figuraba como alcance contra él, en liquidación que se le practicó en 3 de Mayo de 1881 como agente recaudador del partido de Olmedo; y por sentencia del Juzgado, confirmada por la Audiencia en 24 de Abril de 1884, se había declarado que Alonso no tenía obligación de abonar el referido alcance al Banco, y que éste debía pagarle 5.485 pesetas 94 céntimos como resultado de la referida liquidación; que se extingue el crédito cuando está pagado, y en el presente caso la sucursal del Banco se hallaba satisfecha con exceso, según resultaba de lo sentenciado en el pleito referido, y que cuando el acreedor se halla pagado se extinguen las obligaciones del deudor y deben cancelarse el contrato principal y el de garantía:

Resultando que después de interpuesta esta demanda y de emplazado con ella el demandado, se otorgó una escritura pública en Valladolid en 25 de Abril de dicho año 1887 entre D. Carlos Gómiz Mestre, en concepto de Director de la sucursal del Banco, y D. Jerónimo Martínez Sangrós, en la que después de insertar el contenido de la otorgada en 30 de Julio de 1879 entre Sangrós y D. Pablo Paz, y de hacerse constar que si bien el otorgante Sangrós había intervenido en la citada escritura por razón de su cargo y con la representación del Banco, había hecho en ella concesiones que no estaban en sus facultades, por cuyo motivo el Consejo de gobierno del Banco no había hecho suyo ni aprobado tal contrato, hasta el punto de que en la liquidación general formada á Sangrós por el Banco se le habían cargado todos los alcances que resultaron contra los agentes y recaudadores de contribuciones de la provincia, en liquidación extraordinaria verificada en 1881, por lo cual el Banco estaba satisfecho del alcance que resultó contra D. Pablo Paz, pero no porque éste lo hubiere pagado; y que puesta en conocimiento del Banco la incoación de la demanda de D. Pablo Paz, había acordado su Consejo de gobierno, en sesión de 11 de aquel

mismo mes de Abril, que se autorizara al Director de la sucursal de Valladolid para otorgar escritura de cesión á D. Jerónimo Martínez Sangrós del derecho hipotecario que el Banco tenía contra D. Pablo Paz Nicolás, según constaba de la certificación librada por el Secretario general de dicho establecimiento, que se tenía á la vista para insertar en esta escritura; declararon los otorgantes que, llevando á ejecución el acuerdo del Banco, otorgaban que dicho Banco, y en su representación D. Carlos Gómiz, Director de aquella sucursal, cedía, renunciaba y subrogaba, sin limitación ni reserva algúna, en favor de Martínez Sangrós, todos y cada uno de los derechos y acciones que atribuía á aquel Establecimiento la escritura de crédito hipotecario de 30 de Julio de 1879, que á favor de Sangrós, como Delegado del Banco, otorgó D. Pablo Paz para el efecto de que aquél pudiera hacer valer los expresados derechos y acciones contra D. Pablo en cualquiera forma que legalmente procediera, como si para este propósito continuase Sangrós desempeñando el cargo de Delegado del Banco de aquella ciudad; y que el D. Jerónimo aceptaba esta escritura y se obligaba á no intentar reclamación alguna contra el Banco por razón del crédito expresado, porque no podía menos de confesar que no estaba facultado directa ni indirectamente por aquel Establecimiento para otorgar contratos de la naturaleza del contenido en la escritura de 30 de Julio de 1879; hallándose ambas escrituras debidamente inscritas en el Registro de la propiedad:

Resultando que por medio de acta notarial de 27 del mismo mes de Abril se hizo saber á D. Pablo Paz la cesión de crédito contenida en la anterior escritura; y con copia de ambos documentos se personó en los autos D. Jerónimo Martínez Sangrós y contestó la demanda deducida por D. Pablo Paz pidiendo se le absolviera de ella, con imposición al demandante de perpetuo silencio y pago de costas, á cuyo efecto alegó, entre otras razones, que D. Pablo Paz no había satisfecho cantidad alguna al Banco por la liquidación de cuentas como agente recaudador de contribuciones del partido de Olmedo, y no tenía, por tanto, derecho á la cancelación que pretendía de la escritura de fianza hipotecaria; que había sido de los pueblos del partido de Olmedo por espacio de seis años con nombramiento del Banco, y así lo había manifestado él mismo en la escritura cuya cancelación pedía, confesando también en ella que era en deber por tal concepto 13.201 pesetas; que por las razones consignadas en la escritura de cesión de crédito otorgada con el Banco que acompañaba, éste no se hallaba en el caso de ser demandado por D. Pablo Paz, y por lo tanto, la escritura de 1879 sólo podía producir sus efectos entre los que la otorgaron; y que confesada como estaba la deuda por el demandante, no cabía alegación ni excepción de ninguna especie contra su valor y eficacia:

Resultando que suscitado incidente por el demandante para que se declarase que Martínez Sangrós carecía de personalidad para contestar la demanda entablada contra el Director de la sucursal del Banco, y decidido así por sentencia que en 21 de Diciembre de 1887 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, que se hizo firme, se personaron en autos en 25 de Mayo de 1888 los hijos de D. Pablo Paz, acreditando el fallecimiento de éste, ocurrido en 25 de Marzo anterior, y admitidos como parte, renunciaron al trámite de réplica y se recibió el pleito á prueba:

Resultando que por parte de los demandantes, entre otras pruebas, se trajo á los autos testimonio de las sentencias dictadas por el Juzgado y por la Audiencia en el pleito seguido por D. Benito Alonso Rodríguez contra aquella sucursal del Banco, en las que se declaró lo ya expresado en la demanda, y una certificación expedida por D. Lamberto González, Interventor de la indicada sucursal, en la que se hace constar que de los antecedentes que obraban en la suprimida Sección de Contribuciones no aparecía sobre el nombramiento de recaudador á favor de D. Pablo Paz

más que una propuesta sin fecha de D. Benito Alonso, agente del partido de Olmedo, en la que figuraba dicho D. Pablo; y que tampoco constaba de los libros de la oficina citada que el D. Pablo hubiera tenido directamente cuentas con el Banco como tal recaudador de contribuciones:

Resultando que en el escrito de conclusiones solicitó la representación del Banco de España se declarase que los demandantes no habían probado su acción, y que en su consecuencia procedía desestimar la demanda, imponiéndoles perpetuo silencio y pago de costas, alegando en su apoyo: que los estatutos, reglamento é instrucciones del Banco, en lo concerniente á la recaudación de contribuciones que había tenido contratada con el Estado, eran reglas de carácter legal y obligatorio, en la que aparecían bien definidas la situación y obligaciones de los recaudadores para con los agentes, y de unos y otros para con el Banco; de modo que la circunstancia de servir los recaudadores bajo la dependencia y á las inmediatas órdenes de los agentes, no confundía la responsabilidad de los unos con la de los otros, que la misma escritura cuya cancelación se pedía en la demanda, demostraba que D. Pablo Paz no había dependido sólo del agente D. Benito Alonso, pues en tal caso no hubiese liquidado con el Banco ni reconocido un alcance á su cargo ni otorgado la escritura, y por la misma razón nada tenía que ver con las responsabilidades de D. Pablo Paz el que la liquidación entre Alonso y el Banco se saldara en una ú otra forma; aparte de lo que no se había probado que la cuenta ó alcance de Paz hubiese figurado en la liquidación hecha á Alonso, ni que hubiera liquidado y ultimado con éste su cuenta de recaudación: que nada podía objetarse contra la escritura de 30 de Julio de 1879, mientras no se pidiera y obtuviera la declaración de su nulidad: que habiendo el Banco hecho cargo á Sangrós de los alcances que resultaron á los agentes y recaudadores en liquidación extraordinaria, y resultando así satisfecho del alcance contra D. Pablo Paz, no porque éste lo hubiera pagado, cedió su crédito á Sangrós, traspasándole todos los derechos nacidos de la escritura de 1879, y que por esta razón el Banco no podía ser demandado en este pleito, ó lo que era lo mismo, los demandantes carecían de acción contra él y no podían aprovecharse para extinguir sus obligaciones del pago realizado por un tercero que había venido á subrogarse en los derechos del acreedor primitivo en forma válida y eficaz; pues en la sentencia que había rechazado la personalidad de Sangrós en estos autos, no se había declarado ni podido declarar la nulidad de la escritura de cesión hecha á aquél por el Banco:

Resultando que en 6 de Junio de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid sentencia revocatoria, absolviendo al Banco de España de la demanda entablada por D. Pablo Paz Nicolás y continuada por sus hijos y herederos Doña María Salomé, D. Ramón y D. José Paz Zorita, sin hacer expresa condenación de costas en ninguna de ambas instancias:

Resultando que los tres hijos y herederos de D. Pablo Paz Nicolás interpusieron recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1.º La ley 38, tít. 13, Partida 5.ª, en cuanto dispone que se *desata la obligación que es fecha sobre los peños, luego que aquél que los empeñó paga lo que debe á aquel que los ha empeñado;* es decir, que la extinción del crédito ú obligación garantida determina desde luego la de la hipoteca, teniendo lugar aquélla por virtud del pago, requisito cumplido en el caso actual, pues aunque la Sala sentenciadora establece que no comete error de hecho y de derecho al apreciar las pruebas practicadas por ambas partes, toda vez que por la de los recurrentes se ha probado con documentos auténticos que D. Pablo Paz Nicolás no tuvo dependencia directa de la sucursal del Banco de España en Valladolid, puesto que en sus oficinas no consta

antecedente alguno de su nombramiento como empleado de dicho establecimiento, y sí sólo una simple propuesta, sin valor alguno oficial, hecha en una relación de varios individuos por el agente del partido de Olmedo, apareciendo asimismo de la certificación obrante en autos en que consta dicha propuesta y de la solicitud de 20 de Febrero de 1882 dirigida por D. Pablo Paz al Director del Banco de España en Valladolid; que tampoco en los libros de dicha sucursal resulta que el D. Pablo Paz hubiese tenido directamente cuentas con el Banco como tal recaudador, y desprendiéndose de ambos documentos el nombramiento de aquél por el Jefe del partido, á quien rendía sus cuentas por medio de liquidaciones, y el cual era responsable de los recibos de cobranza de contribuciones que le entregaba, demostrándose bien claramente en lo relativo al concepto jurídico de dichas pruebas, que al Banco de España nada debía D. Pablo Paz, y por consiguiente, que está satisfecho de todo crédito contra los recurrentes; de todo lo cual resulta que siendo hecho evidente que D. Pablo Paz no tuvo nunca cuenta directa con el Banco, nada ha podido deberle; y que si es cierto que á favor de esta institución de crédito existe una escritura hipotecaria, como precisamente por el acreedor se confiesa no debérsele nada, ó lo que es lo mismo, estar pagado, tiene que ceder necesariamente la hipoteca y librarse las fincas del gravamen á que se hallan afectas, por cuya razón la Sala sentenciadora que declarando estos hechos no aplica el precepto de la ley de Partida citada, la infringe de una manera notable:

2.º Por el mismo concepto que se acaba de expresar, la ley 21, tít. 13, Partida 5.ª, en cuanto dispone: «E seyendo de la debda é de las despensas, assi como sobre dicho es, tenudo es el que tenía la cosa á peños, de la dar luego á aquél que gela empeñó»:

3.º La doctrina legal sancionada como principio en los Tribunales de que la existencia de una obligación es correlativa de la de un derecho, en cuanto la sentencia recurrida afirma la existencia de la obligación por parte del deudor D. Pablo Paz Nicolás, y por consiguiente, la subsistencia de la hipoteca cuya cancelación se pretende en este pleito, á pesar de no existir el derecho del acreedor; pues en los autos aparece tan manifiesto que el Banco de España no tuvo nunca contra el padre de los recurrentes el derecho que emana del concepto de acreedor, que se evidencia, no sólo con los documentos que expedidos por el mismo Banco han formado la prueba de los demandantes, sino con la aducida de contrario por medio de la escritura de sobrogación á favor de Sangrós de 25 de Abril de 1887, en la que se consigna que el Consejo de gobierno del Banco no aprobó el contrato de 30 de Julio de 1879, por no tener atribuciones para ello su Delegado en Valladolid, que lo otorgó, ni estar autorizado para verificar el convenio que ha ocasionado este pleito, no siendo fácil comprender en el terreno del derecho que una obligación no admitida por aquél á cuyo favor se establece, y, por tanto, con la falta de su consentimiento como requisito esencial, le da facultad para ejercitar derechos nacidos de la misma:

Y 4.º El núm. 2.º del art. 79 de la ley Hipotecaria, en relación con el mismo número del art. 67 del reglamento general para la ejecución de dicha ley, con arreglo á los cuales, extinguido por completo el derecho inscrito, procede y debe pedirse y ordenarse la cancelación total de la inscripción, en el concepto de que, dado que el derecho atribuído al Banco de España no existe por haberse extinguido, es decir, que el acreedor está pagado y que nada se le debe, resulta extinguida también la hipoteca y procedente su cancelación, sin embargo de lo cual, el fallo recurrido, por consecuencia rigurosa del juicio sustentado, hace abstracción completa de la disposición legal citada en este motivo, declarando lo contrario de lo que en ella se preceptúa, ó sea que el Banco de España no está obligado

á verificar la cancelación solicitada, consignándose por último en el recurso que se hallaba comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que según las leyes 21 y 38, tít. 13, Partida 5.ª, y los artículos 79 de la ley Hipotecaria y 67 del reglamento general para su ejecución, para que se desate la obligación que *fecha sobre los peños*, ó proceda la cancelación total de la hipoteca constituída á favor del acreedor, es requisito indispensable que esté pagada la deuda ó se haya extinguido por completo el derecho real inscripto:

Considerando que en tal concepto, habiendo estimado la Sala sentenciadora, por el resultado de las pruebas practicadas, sin que su apreciación haya sido impugnada en la forma debida, que no se ha justificado que el demandante D. Pablo Paz *ú otra persona á su nombre* haya pagado á la Delegación del Banco de España en Valladolid la suma que confesó adeudarle en la escritura hipotecaria de 30 de Julio de 1879, es obvio que el fallo recurrido no infringe las disposiciones legales antes mencionadas que se citan en los motivos 1.º, 2.º y 4.º:

Considerando que es inaplicable y no ha podido por tanto infringirse la doctrina invocada en el motivo 3.º, de que no hay obligación sin un derecho correlativo, que en este caso se supone inexistente; porque siendo válida y eficaz la referida escritura hipotecaria, como así lo declara la sentencia, y debiendo también surtir todos los efectos legales la cesión del crédito del Banco de España á favor de D. Jerónimo Martínez Sangrós, puesto que tampoco se ha pedido directamente su nulidad, ni se ha ejercitado contra ella acción alguna por el contexto de una y otra escritura, ambas inscritas en el Registro, se demuestra y patentiza que el derecho hipotecario que existió primero en favor de dicho Banco, que es á quien se pide la cancelación, se transmitió al cesionario, que será, en todo caso, como subrogado en lugar de aquél, el llamado á responder de las acciones que puedan corresponder á los recurrentes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Salomé, D. Ramón y D. José Paz Zorita, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 12 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Agosto del mismo año.)

175

RECURSO DE CASACIÓN (12 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Indemnización de daños y perjuicios.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Francisco de Asís Fábregas en pleito con D. Francisco de Lara (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que es inadmisible el recurso de casación contra el auto que se limita á la liquidación y fijación de los perjuicios á que fueron condenados los recurrentes por una sentencia firme, para lo cual se ha seguido el procedimiento prevenido por la ley:

Que contra el fallo de la Audiencia en esta clase de juicios no se da recurso alguno, según dispone el párrafo segundo del art. 944 de la de Enjuiciamiento civil.

Resultando que por sentencia firme de la Audiencia de Barcelona de 28 de Noviembre de 1888 se declaró rescindido desde 22 de Agosto de 1883,

en que falleció D. Lamberto Fontanellas y Sala, el contrato de establecimiento otorgado por el mismo á favor de D. Francisco de Asís Bas, en cuanto á las fincas procedentes del fideicomiso temporal fundado por Don Francisco Fontanellas y Calof, con indemnización de daños y perjuicios al demandante D. Francisco de Lara y Fontanellas, Marqués de Villamediana, como poseedor fideicomisario por parte de los demandados, como herederos ó causahabientes del precitado D. Francisco de Asís Bas:

Resultando que seguido en dos instancias el oportuno incidente para la fijación de los daños y perjuicios ocasionados al Marqués de Villamediana, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona declaró por auto de 9 de Febrero último que la cantidad líquida que en concepto de perjuicios debían abonar D. Francisco de Asís Fábregas y Barris y demás causahabientes de D. Francisco de Asís Bas á D. Francisco de Lara y Fontanellas, Marqués de Villamediana, se fijaba en 73.039 pesetas 61 céntimos, después de verificadas todas las deducciones procedentes, condenando, en su consecuencia, á dicho Fábregas y litisocios á pagar en el término de quince días aquella suma al expresado Marqués, y asimismo al pago de las costas:

Y resultando que D. Francisco de Asís Fábregas y consortes han interpuesto recurso de casación contra el mencionado auto, citando las leyes y disposiciones legales á su juicio infringidas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que el auto contra el que se ha interpuesto el actual recurso se limita á la liquidación y fijación de los perjuicios á que fueron condenados los recurrentes por una sentencia firme, para lo cual se ha seguido el procedimiento prevenido por la ley;

Y considerando que contra el fallo de la Audiencia en esta clase de juicios no se da recurso alguno, según dispone el párrafo segundo del artículo 944 de la de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Francisco de Asís Fábregas y consortes, á quienes se condena en las costas; devuélvaseles el depósito que han constituído, y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, publicándose este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 12 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

176

RECURSO DE CASACIÓN (13 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Declaración de sustitución, nulidad de escritura y entrega de bienes.*—No ha lugar al interpuesto por D. Juan Valls en pleito con D. Bartolomé Alzamora y otros (Audiencia de Palma), y se resuelve:

Que si el testador en 1821 instituyó á su hijo heredero universal propietario, *y* sucedida *su muerte al hijo mayor varón de éste, y al propio tiempo, teniendo en cuenta el estado de derecho creado por la ley desvinculadora de 1820, eligió y nombró* sucesor universal *de ciertos fideicomisos al expresado su hijo, y el* premuerto *al hijo mayor varón que le sobreviviera, ejerció su derecho en el modo que tuvo por conveniente, distinguiendo los derechos que transmitía al heredero y conocedor de las consecuencias de las sustituciones, no confundió los bienes que se desvinculaban con los propios de la institución* de heredero universal propietario:

Que habiendo éste sobrevivido al testador, por lo que la sustitución vulgar no tuvo efecto, quedó dueño el instituido de todos los bienes fideicometidos

respecto á una mitad, por tener la cualidad de reservables, y tocante á la otra por la libre voluntad del testador, y apareciendo ésta pura y clara, rechazando toda interpretación, es evidente que el instituído pudo disponer de los bienes que constituían los fideicomisos, puesto que se le habían transmitido legalmente y no podían estimarse gravados en restitución:

Que entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 5.ª, título 33, Partida 7.ª, ni la de 11 de Octubre de 1820, restablecida por la de 30 de Agosto de 1836:

Que no puede prosperar la acción reivindicatoria si el demandante no justifica el dominio sobre los bienes que reclama.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Junio de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Manacor y en la Sala de justicia de la Audiencia de Palma, por D. Juan Valls de Padrinas y Burgueras, propietario, vecino de Felanitx, representado por el Procurador Don Luis Lumbreras y defendido por el Letrado D. Luis Díaz Cobeña, con Don Bartolomé Alzamora y Soler, D. Salvador Valls de Padrinas, D. Jaime Vidal y Vicéns, como marido de Doña Catalina Alzamora y Soler; D. Antonio Nicolau y Roselló, Doña Antonia Roig y Riera, viuda; Doña Ana Bou y Roig, soltera; D. Sebastián Mezquida y Riera, como marido de Doña Antonia Bou y Roig; D. Antonio Vallespir y Riera y Doña Gabriela Riera y Adrover, como herederos usufructuarios y propietario respectivamente de D. Francisco Vallespier y Riera; D. Jorge Roselló y Soler; Doña Juana María Valéns y Soler, viuda; D. Miguel Barceló y Súñer, como marido de Doña Antonia Ana Bausá y Nicolau; D. Antonio Vallespir y Alcover, Don Sebastián Picornell y Banús, D. Bernardo Benasar y Gelabert, como marido de Doña María Ana Juan y Masanet; D. Mateo Uguet y Valéns, D. Cristóbal Gomila y Alzamora, D. Bartolomé Fiol y Gayá, como marido de Doña Antonia Mezquida Bordoy; D. Antonio Juan y Massanet, D. Pedro José Ramón y Soler, como heredero de sus padres D. Migual Ramón y Nicolau y Doña Juana Ana Soler y Estelrich; D. Juan Alzamora y Soler, Doña Apolonia Roselló y Andréu, viuda; D. Baltasar Nicolau y Caldentey, Doña María Vadell y Adrover, viuda, por sí y en nombre de sus hijos Doña María, Doña Antonia, D. Felipe, D. Pedro y D. Jaime Arnau y Vadell y D. Sebastián Garí y Gomila, propietarios, vecinos de Felanitx, á excepción de D. Antonio Vallespir y Alcover, que lo es de Manacor, y D. Miguel Jaime y Montaner; D. Antonio Marroig y Bonet, como marido de Doña Francisca Ana Palou y Coll; Doña Antonia Valls de Padrinas y Obrador, viuda; D. Pedro Juan Riera y Tauler, D. Miguel Vicéns y Sagrera, D. Juan Galmis y Adrover, Doña Ana Maymó y Oliver, soltera; Doña Catalina Andréu y Fiol, por sí y como madre de D. Antonio Maymó y Andreu; Doña María Valls de Padrinas y Obrador, viuda; y D. Tomás Bordoy y Vidal, como tutor de la menor Doña Francisca Arnau y Vidal, propietarios, vecinos de Palma, y en su nombre el Procurador D. Fidel Serrano, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Maura, y con Doña Apolonia Vicéns y Valéns, D. Antonio Barceló y Reny, D. Pedro José Roselló y Gayá, D. Juan Bou y Roig, D. Gabriel y Doña Apolonia Barceló y Roselló, Doña Catalina Valéns y Manresa, Doña Juana María Rigo y Rigo, D. Simón Nicolau y Obrador, D. Gabriel Gual y Pon, D. Mateo Juan y Adrover, D. Sebastián Gomila y Roselló, D. Sebastián Oliver Mezquida, Doña Bárbara Mezquida y Nicolau, Doña María Ana Socías y Bordoy, Doña Antonia Alzamora y Soler, D. Bartolomé Vallespir y Alcover, D. José Andréu y Roselló, D. Pedro Antonio Oliver y Mezquida, Doña Catalina Alcover y Galmis, D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera, D. Juan Bou y Roig, D. Gabriel Barceló y Banús, D. Juan Forteza y Miró, D. Antonio Antigues y

Adrover, D. Pedro Bou y Bordoy, D. Antonio y D. Francisco Ramón y Jalou, D. Miguel Caldentey y Vadell, Doña Isabel Oliver y Pou y D. Gabriel Vallespir y Alcover, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, no habiéndolo hecho tampoco alguno de ellos en la primera ni en la segunda instancia, sobre declaración de una sustitución, nulidad de escrituras y entrega de bienes; habiendo sido citados de evicción el mencionado D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera y otros poseedores anteriores de los bienes objeto del pleito:

Resultando que D. Jaime Valls de Padrinas otorgó testamento en 13 de Octubre de 1619, en el que nombró heredera universal usufructuaria á su esposa Doña Juana Rivas, mientras se conservase viuda; para después de la muerte de ésta, ó en los días de su segundo matrimonio, á su hijo Bernardo Valls; para después de la muerte de éste, á su hijo y nieto del testador Miguel Juan Valls, y si éste tuviese un hijo varón que sobreviviera al padre, sustituyese al mismo como heredero universal usufructuario, prefiriendo, caso de que fuesen varios, el mayor de edad, y queriendo que su herencia pasase de un hijo varón del Miguel á otro mayor, muriendo los mayores sin hijos legítimos, instituyendo heredero universal usufructuario, si todos muriesen sin hijos varones, á otro hijo varón del mencionado Bernardo, según la manera que quedaba establecida, hasta el último hijo que tuviese en igual forma, sustituyendo en falta de todos á Juan Valls su hijo, y después de su muerte á su hijo varón mayor, en la misma forma que queda indicada respecto del anterior; y si muriesen todos sin hijos varones, en tal caso instituía heredero universal usufructuario á Don Antonio Valls de Padrinas, hermano suyo, y para después de su muerte, instituía al hijo mayor del mismo, queriendo, por tal medio, que pasase la herencia del hijo varón mayor de dicho D. Antonio á su hijo también mayor, hasta el último, como ya había dicho de sus hijos y nietos, porque quería que su heredad fuese siempre de los Valls varones, guardando el orden y descendencia antes expresados, y que fnese de sus descendientes por línea masculina, y, no existiendo por dicha línea, que sus herederos fuesen descendientes por la propia masculina del citado Antonio su hermano, y que, cualquiera que fuese el heredero, no fuese propietario, sino usufructuario:

Resultando que D. Bernardo Valls de Padrinas, hijo del D. Jaime y heredero usufructuario suyo, en su testamento de 22 de Noviembre de 1632, instituyó heredero universal propietario á su hijo Juan Valls, sustituyéndole á su hijo varón mayor que hubiese de nacer, y si éste muriese en la menor edad ó sin hijos varones, le sustituía al que instituyó el otro hijo varón subsiguiente del citado Juan, hijo del mismo, y así de los restantes hasta el último; y si los citados hijos menores del expresado Juan Valls, instituído heredero, muriesen todos y su descendencia se extinguiese por completo, le sustituía al que instituyó Jaime Valls, hijo también del testador, sustituyéndole á su hijo varón mayor que hubiese de nacer, y si dicho varón mayor muriese sin hijos varones, le sustituía al que instituyó heredero por fideicomiso el otro hijo mayor de los varones del citado Jaime, queriendo y mandando que su heredad pasase siempre de mayor á menor por fideicomiso, varón de su parentela y sangre más próxima y de su apellido Valls:

Resultando que en 6 de Mayo del año 1704, D. Salvador Valls de Padrinas pidió ante la Audiencia de Mallorca que se anulase el decreto presidencial obtenido subrepticiamente por Andrés Obrador, revocándose por lo tocante á la propiedad de Sou Valls por corresponder al exponente gozar del fideicomiso de Jaime y Bernardo Valls, como llamado expresamente á ellos, condenándose al dicho Obrador á restituirle y evacuar los mencionados bienes vinculados; y por sentencia que dictó la Real Audiencia

de Mallorca en 22 de Diciembre de 1708, en la cual se hacen constar como hechas las fundaciones que quedan referidas, se declaró que la heredad y todos los bienes que fueron de dichos Jaime Valls el mayor, y Bernardo Valls hijo de éste, con toda la plenitud de los derechos, debían ser adjudicados, y en el acto se adjudicaban, al citado Salvador Valls, demandante, y en su consecuencia, que Juan Barceló y Juana Barceló, viuda, debían ser condenados, como se les condenaba, á entregar á Salvador Valls todos los bienes que fueron de los repetidos Jaime y Bernardo:

Resultando que D. Salvador Valls de Padrinas y Adrover, segundo nieto de D. Antonio Valls de Padrinas, falleció en 14 de Febrero de 1712 con testamento otorgado en 25 de Noviembre de 1711, en el que instituyó heredera usufructuaria á su esposa Catalina Ramón, y heredero universal propietario á su hijo Juan, sustituyéndole si no fuese su heredero ó muriese sin hijos varones, é instituyendo heredero á su hijo Antonio, sustituyendo sucesivamente y para iguales casos á sus hijos Salvador y Pedro; que para el caso de que su hijo Juan dejase hijos varones, sustituyó en aquél al mayor hijo varón del mismo, y si faltase sin hijos varones al segundo; queriendo que siempre que su dicho hijo mayor tuviera un hijo varón toda su herencia fuera de aquél y de sus hijos varones, primero el mayor y después el menor, y así del uno al otro hasta el último de su descendencia masculina; ordenando iguales disposiciones en falta de ella respecto á los hijos de los demás sustitutos Antonio, Salvador y Pedro, ordenando, por último, que así fuera seguido entre todos sus hijos, nietos y biznietos, haciendo ventaja el mayor en nacimiento al menor habido respecto al primer llamado y descendencia de aquél, porque no siendo finada la del primero, no quería entrase la del segundo, y si muriese sin hijos varones, ó ellos muriesen sin descendencia masculina, hacía sus herederas por iguales partes á sus hijas María Ana, Juana, Catalina, Margarita y Nicolasa, y demás que tuviese, y á los suyos, á todas sus voluntades:

Resultando que por escritura de 26 de Noviembre de 1789, D. Jaime Antonio Obrador, Presbítero; D. Salvador Valls, del predio Sou Valls, hijo de Juan y Andrés Bennasar y Veñy, Notario administrador de la Obra pía dispuesta por Pedro Oliver Beltrán, y el Padre fray Miguel Oliver, Presbítero, padre é hijo, teniendo especial poder de los administradores, transigieron el pleito que seguían en la Real Audiencia de Mallorca, en razón de los fideicomisos fundados por D. Jaime Valls de Padrinas, en su testamento de 13 de Octubre de 1619, declarado por la sentencia de que se ha hecho mérito á favor de los ascendientes de D. Salvador Valls, y el otro por D. Bernardo Valls, en testamento de 22 de Noviembre de 1632, respecto del cual se había reconocido pertenecer á dicho D. Jaime Antonio Obrador, como también en cuanto al fideicomiso fundado por D. Jaime Valls de Padrinas, hijo de Bernardo, en testamento de 13 de Febrero de 1661, que fué declarado á favor de los autores de dicho Obrador por sentencia de 29 de Mayo de 1744, pactando entre otras cosas que no són del caso, que D. Jaime Antonio Obrador quedaba cumplidamente satisfecho con el predio El Rafal; y que D. Salvador Valls, del predio Sou Valls, se quedaba con el predio Sou Valls Vell, del propio modo que fué entregado á D. Miguel Obrador, Presbítero, en 1744:

Resultando que D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador falleció en 17 de Diciembre de 1795 con testamento que había otorgado en 10 de Noviembre de 1788, en el cual, después de legar la legítima á sus hijas Catalina, Coloma, Juana y Angela, y á sus hijos póstumos, instituyó heredero universal á su hijo Juan, al cual, para el caso de no serlo ó morir sin hijos varones, sustituyó é hizo heredero á su sobrino Juan Valls de Padrinas, Notario, sustituyendo sucesivamente, y para iguales casos, por su orden á los hijos varones de sus cuatro citadas hijas, pues era su voluntad, y aten-

diendo á los fideicomisos de sus autores hechos, que toda su íntegra hacienda fuera de varon de mayor á menor, de línea en línea y de grado en grado hasta el último descendiente varón de éstos, guardando siempre el derecho de primogenitura; que para el caso de faltar la descendencia masculina de todos los sobredichos, instituyó heredera á la primera hija de su dicho hijo Juan, sustituyéndola sucesivamente, para el caso de no serlo, á la primera hija de su sobrino Juan, y á las de sus mencionadas hijas, y éstas por herederas suyas de una á la otra, de mayor á menor, de línea en línea y de grado en grado, guardando, como tenía dicho también, el derecho de primogenitura, pues era su voluntad que aquel fideicomiso fuera *ad in perpetum* por línea Valls de Padrinas de dicha posesión:

Resultando que D. Juan Salvador Valls de Padrinas y Ramón por escritura de cabrevación de 3 de Junio de 1796, denunció poseer como heredero universal de su padre D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador, según su testamento de 10 de Noviembre de 1788, el predio Sou Valls Vell, añadiendo: que su padre lo poseía en virtud de transacción con D. Jaime Antonio Obrador, Presbítero Fray Gabriel Muntaner y otros administradores de la manda dispuesta por Pedro Oliver, alias Bertrán, y por el Padre Fray Miguel Oliver, de los bienes pertenecientes á los fideicomisos fundados por D. Jaime Valls de Padrinas, el uno y el otro por Bernardo Valls, mediante instrumento de 19 de Julio de 1790; y que el íntegro predio Sou Valls de Padrinas, incluso el Rafal de 312 cuarteradas, lo cabrevó Andrés Bennasar y Veñy, Administrador de dicha herencia y manda pía en la Real visita de 8 de Noviembre de 1784:

Resultando que el mismo D. Juan Salvador Valls de Padrinas y Ramón denunció por escritura de 2 de Febrero de 1804 poseer también como heredero universal instituído por su padre, el predio Sou Valls de Padrinas, cuatro cuarteradas unidas al mismo, dos piezas de tierra de 21 cuarteradas cada una en el paraje de Sou Souler; derecho á cobrar once censos que enumeró, y un predio llamado Sou Valls Vell, de unas 48 cuarteradas de pertenencia del íntegro predio Sou Valls de Padrinas y el Rafal, el cual había cabrevado el denunciante en la Real visita de 3 de Junio de 1796; cabrevación que repitió D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, hijo del anterior, en 10 de Octubre de 1815, denunciando poseer los mismos bienes enumerados en las dos cabrevaciones referidas:

Resultando que D. Salvador Valls de Padrinas y Mora falleció en 15 de Octubre de 1821 con testamento que había otorgado en 21 de Agosto del propio año, en el que instituyó por su heredero universal propietario á su hijo D. Juan Valls de Padrinas y Morey, y sucedida su muerte, á su hijo varón mayor; para el caso de que dicho su hijo muriese en edad pupilar ó sin hijo varón, sustituyó é instituyó heredero universal propietario á su hijo D. Salvador Valls de Padrinas y Morey, y sucedida su muerte, al hijo varón mayor del mismo; y si dichos D. Juan y D. Salvador muriesen en edad pupilar ó sin hijos varones, sustituyó á sus hijas ó los hijos de las mismas, y por cuanto algunos de sus progenitores fundaron de sus bienes varios fideicomisos, de los cuales era actual y efectivo detentor, si le era permitido elegir sucesor de tales fideicomisos, elegía y nombraba para después de su muerte sucesor universal de los mismos á su citado hijo Juan, y él premuerto, á su hijo varón mayor que le sobreviviera; queriendo, sin embargo, que la madre del otorgante fuera usufructuaria de los bienes comprendidos en dichos fideicomisos, desde que muriese el testador hasta que su heredero universal propietario tomara estado, obligando á sus herederos universales á que mantuvieran, vistieran y asistieran de todo lo necesario á todos los hijos é hijas del testador que le sobrevivieran, todo el tiempo que estuviesen sin estado, trabajando siempre que pudieran y conforme á su calidad á favor de quien los alimentara; testamento que fué

inscrito en el Registro de la propiedad de Manacor en 1.º de Noviembre de 1851:

Resultando que D. Juan Valls de Padrinas y Mora, hermano de D. Salvador, y en concepto de tutor y curador testamentario de su sobrino Don Juan de Padrinas y Morey, otorgó escritura de cabrevación en 21 de Octubre de 1826, porque la que denunció poseer los bienes y derecho á percibir los censos á que se referían las cabrevaciones antes mencionadas, expresando que su citado sobrino poseía dichos bienes como heredero universal de su padre D. Salvador, nombrado en testamento de 21 de Agosto de 1821, y que éste los había cabrevado en 10 de Octubre de 1815:

Resultando que por escrituras de 21 de Abril de 1836 y 22 de Abril de 1838, D. Juan Valls y Morey, como heredero de su padre D. Salvador, entregó á sus tíos D. Juan y Doña Coloma Valls de Padrinas y Mora, en pago de la legítima de la herencia del padre de éstos y abuelo del otorgante D. Juan Valls y Ramón, varias fincas de pertenencia del predio Sou Valls:

Resultando que el mismo D. Juan Valls y Morey, por escrituras de los años 1837 y 1838, vendió á Pedro Juan, Pedro José y Francisco Riera y Sebastián Mezquida el predio denominado Sou Valls Vell con sus casas y corral, por el precio en junto de 3.716 libras, 5 sueldos y 10 dineros, cantidad que les fué devuelta por el vendedor D. Juan Valls, según escritura de 20 de Diciembre de 1840, restituyendo aquéllos á su vez á dicho Valls cuanto poseían y habían comprado al mismo del predio Sou Valls Vell, declarando nulas y de ningún valor ni efecto las compras hechas, y formalizando si era menester escritura de retroventa al citado D. Juan Vall, que aceptó la entrega:

Resultando que D. Juan Valls de Padrinas y Morey, y su tío D. Juan Valls de Padrinas y Mora, otorgaron en 26 de Septiembre de 1840 escritura de permuta, que fué inscrita en el Registro en 30 de Octubre siguiente, de unas casas y corral, sitas en la calle de los Huertos de Felanitx, que le pertenecían como heredero de su padre D. Salvador, que lo fué del suyo D. Juan, y éste de su padre D. Salvador, que á su vez lo fué del suyo, heredero universal de su padre D. Salvador Valls de Padrinas y Adrover, y éste en virtud de la adjudicación que con otros bienes le hizo la sentencia de 22 de Diciembre de 1708, con ocho cuarteradas del predio nombrado Sou Valls, que poseía D. Juan por virtud de la entrega que en 21 de Abril de 1836 le hizo su sobrino, el otro otorgante, en pago de su legítima paterna, las que con otros bienes cabrevó D. Juan, como tutor y curador del mismo, en 21 de Octubre de 1826, obligándose ambos otorgantes á la evicción:

Resultando que en escritura de 10 de Mayo de 1843, D. Pedro María Bover, como apoderado especial de D. Juan Valls de Padrinas y Morey, declaró recibir en aquel acto, por cuenta del mismo D. Antonio Coll y Damián Jaume, por mitad, 10.000 libras mallorquinas en calidad de préstamo, con interés de 6 por 100 anual, hipotecando especialmente los predios de su propiedad Sou Valls Nou y Sou Valls Vell, habiendo sido registrada la escritura en el día 13 del propio mes:

Resultando que en 16 de Junio de 1843, D. Juan Valls de Padrinas y Morey vendió, por medio de dos escrituras de la misma fecha, á Doña Antonia Caldentey y Obrador, dos cuarteradas en cada una del predio Sou Valls Vell, que dijo poseer como heredera universal de su padre, y en fuerza de la cabrevación verificada por su curador testamentario en 1826, prometiendo estar de evicción:

Resultando que en 24 de Julio del propio año 1843, D. Juan Valls de Padrinas y Morey vendió á su hermano D. Salvador el predio llamado Sou Valls Vell, con su casa de campo y oficinas rústicas, expresando su cabida y linderos, así como que lo poseía en virtud del testamento y cabrevación

expresados, en precio de 7.600 libras, de las que abonaba 2.000 en pago de legítima paterna al comprador; 16 y 5 sueldos, valor de un camino que había de dar á Doña Antonia Caldentey; 3.700 que recibía en el acto, teniendo recibidas las restantes, declarando en escritura de 30 del propio mes, que en la venta iba anejo cierto derecho de aguas, y que D. Salvador Valls, en escritura del propio día 24, que había recibido de su hermano D. Juan las 2.000 libras á que se refería la escritura de aquella fecha en pago de su legítima paterna:

Resultando que en 16 de Septiembre de 1844, D. Juan Valls de Padrinas y Morey, usando de la facultad que le concedían las leyes vigentes sobre desvinculaciones de fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, vendió á D. Nicolás Piña y Forteza una pieza de tierra y porción de campo del predio Sou Valls de Padrinas, que le pertenecía por los títulos expresados; parte de cuya finca vendió D. Nicolás Piña y Forteza en 20 de Octubre siguiente á D. Salvador Valls de Padrinas y Morey, prometiendo que Don Juan Valls, como primer vendedor, le estaría de evicción; y que por escritura de 5 de Noviembre de 1849, Doña María Obrador, viuda de D. Salvador Valls, como tutora y curadora de sus hijos menores Salvador, María y Antonio, autorizada judicialmente, vendió á su madre Doña Antonia Obrador y Serra la tercera parte del predio Sou Valls Vey, perteneciente á dichos menores, como sucesores legales de su padre D. Salvador Valls, fallecido abintestato:

Resultando que por escrituras de 26 de Enero, 4 y 10 de Abril de 1845, D. Juan Valls de Padrinas y Morey vendió á D. Antonio Vallespir y á Don Bartolomé y D. Bernardino Estelrich varias piezas de tierra del predio Sou Valls y Sou Valls Nou, que le pertenecían por los títulos repetidos, prometiendo estar de evicción; y que en 22 de Septiembre de 1850 Don Bartolomé Estelrich dió á censo á José Roselló y Jaime Oliver las dos piezas de tierra compradas del lugar Sou Valls, que á su vez enajenaron en 6 de Noviembre del propio año los compradores á D. Antonio Poll y Don Damián Jaume:

Resultando que en 26 de Junio de 1845 D. Nicolás Piña y Forteza dió á censo anfitéutico á D. Juan Valls de Padrinas y Morey la porción de tierra sita en el lugar de Sou Valls, que había adquirido el otorgante del mismo D. Juan; censo que vendió D. Nicolás Piña por escritura de 31 de Enero de 1849, que fué inscrita en hipotecas en 8 de Febrero siguiente, á D. Antonio Poll y Muntaner y D. Damián Jaume, por mitad:

Resultando que en 16 de Julio de 1845, el propio D. Juan Valls y Morey vendió á los mencionados D. Antonio Coll y D. Damián Jaume el predio Sou Valls de Padrinas, con las casas en él edificadas que poseía por los conceptos repetidos, con cierto pacto de retro á que D. Juan Valls renunció en escritura de 25 de Julio de 1848; habiéndoles vendido en 6 de Noviembre de 1849 cinco cuarteradas del predio Sou Valls Nou que poseía el vendedor en virtud de permuta con D. Nicolás Piña; quedando de evicción y siendo registrada la escritura en hipotecas el día siguiente 7:

Resultando que en 15 de Mayo de 1849 D. Nicolás Piña vendió á Don Antonio Coll y D. Damián Jaume seis cuarteradas y media del predio Sou Valls Nou de Padrinas, adquiridas con otras por el vendedor de D. Juan Valls de Padrinas y Morey, quedando de evicción; y en los años de 1844 hasta 1847 el mismo D. Nicolas Piña otorgó hasta 31 escrituras de venta de pedazos de tierra de la indicada finca á favor de diferentes personas, pactándose en la última que el vendedor cedía al comprador la acción y derecho de evicción que tenía contra D. Juan Valls de Padrinas; y en las demás, que éste defendería á los compradores, y que les estaría de evicción:

Resultando que los hermanos Magdalena, Ana María, Antonia y Lo-

renzo Vallespir y Riera vendieron á Bartolomé Alzamora y Adrover, por escrituras respectivamente de 1.º de Febrero de 1854, 23 de Febrero y 9 de Marzo de 1855 y 17 de Febrero de 1860, que fueron registradas en hipotecas, la parte de pertenencia del Sou Valls que les había correspondido en la legítima paterna, pactándose que no estarían de evicción y saneamiento al comprador:

Resultando que D. Rafael Vallespir y Riera vendió asimismo á D. Miguel Obrador y Roig una tierra del distrito de Sou Valls, quedando de evicción, la cual á su vez el comprador enajenó en 7 de Enero de 1856 á Juan Boy y Bauzá:

Resultando que Gabriel Andreu y Vicens vendió una cuarterada del distrito de Sou Valls en 14 de Agosto de 1853 á Cristóbal Valls y Fuster, el cual á su vez la enajenó en 14 de Enero de 1857 á Francisco Bou y Bauzá; que en 17 de Enero de 1867 Miguel Valls y Fuster, como heredero de su padre, vendió á D. Antonio Juan y Adrover dos cuarteradas llamadas Sou Valls:

Resultando que en 6 de Diciembre de 1877 Gabriel Nicolau y Adrover transfirió en calidad de permuta á Antonio Artigues y Adrover una cuarterada del distrito Sou Valls y recibió del mismo media cuarterada del distrito Sou Nadal, bajo la condición de que si por algún motivo, fideicomiso, sustitución ú otra causa D. Juan Valls de Padrinas y Morey ó sus sucesores querían apoderarse del íntegro predio Sou Valls, de donde dimanaba dicha cuarterada, y Artigues quedase desposeído de ella, tendría facultad de volverse á apoderar de la finca entregada á Nicolau; y que en 23 de Abril de 1881 Juan Vicéns y Juan Valéns vendieron una cuarterada y media del distrito Sou Valls á Pedro Bou; y éste en 14 de Octubre de 1883 la enajenó á su hermano Juan Bou y Bordoy:

Resultando que los hermanos D. Salvador, Doña María y D. Antonio Valls de Padrinas y Obrador formalizaron en 16 de Marzo de 1887 la partición de los bienes quedados por fallecimiento de su padre D. Salvador Valls de Padrinas y Morey, adjudicándose á Doña María dos piezas de tierra del lugar llamado Sou Valls; á D. Salvador la casa del predio Sou Valls Vell y 17 cuarteradas del mismo; y á Doña Antonia nueve cuarteradas del citado predio Sou Valls Vell, y seis en Sou Valls; pactándose que si fuesen desposeídos de las indicadas tierras de Sou Valls por los sucesores de su abuelo D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, por sustitución, fideicomiso ó por otra causa, renunciaban respectivamente á su evicción, debiendo sufrir sólo cada cual el perjuicio consiguiente; estableciendo otras condiciones para el caso de que unos fuesen desposeídos de las tierras y otros no:

Resultando que D. Juan Valls de Padrinas y Morey tuvo de su matrimonio con Doña Catalina Burguera cinco hijos, D. Salvador, D. Mateo, D. Juan, D. Jaime y Doña María; de ellos D. Salvador contrajo matrimonio con Doña Zoila Descartes y Autich en el pueblo de Santa Isabel de Puerto Rico, teniendo cuatro hijos, Doña Salvadora, Doña Juana, D. Salvador y D. Juan, y falleció en Ponce en 15 de Agosto de 1879, para cuyo tiempo había ya fallecido en 23 de Diciembre de 1870 su hermano Don Mateo:

Resultando que el padre de éstos D. Juan Valls de Padrinas y Morey falleció intestado en 13 de Junio de 1884, y que en 7 de Julio siguiente su hijo D. Juan Valls de Padrinas y Burguera presentó escrito al Juez de primera instancia de Manacor, exponiendo que su difunto padre había dejado sobrevivientes tres hijos, el exponente, D. Jaime y Doña María, habiéndole premuerto otros dos, D. Salvador y D. Mateo; y consignando que no quería ser de los declarados herederos ni había podido obtener de sus otros dos hermanos la conformidad en serlo, pidió que se le admitiese la

información de testigos que ofrecía sobre lo expuesto, y se acordase la prevención del abintestato de D. Juan Valls de Padrinas y Morey, haciendo en su día la declaración de herederos legales del mismo á favor de los que justificaran serlo, y en su defecto la vacante de la herencia:

Resultando que recibida la información, aseguraron tres testigos los hechos indicados, y que anunciado por edictos á instancia del mencionado D. Juan Valls de Padrinas y Burguera el fallecimiento intestado de su padre y la prevención del juicio de testamentaría, llamando á los que se creyeran con derecho á la herencia, se personó por medio de Procurador Don Jaime Valls de Padrinas y Burguera para que se le declarase heredero abintestato de su padre, queriendo serlo solamente á beneficio de inventario; y hecho segundo llamamiento sin que nadie compareciera, oido el Ministerio fiscal, por auto de 19 de Noviembre de 1884 se declaró muerto abintestato á D. Juan Valls de Padrinas y Morey, y heredero legal del mismo á beneficio de inventario á su hijo D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera, sin perjuicio de tercero; cláusula que se dió por eliminada en providencia de 25 del mismo mes, reformándose en esta parte el citado auto, en vista de las razones expuestas en escrito que no se expresa por quién fué presentado:

Resultando que constituído el actuario en 17 de Diciembre siguiente en la casa de D. Juan Valls de Padrinas y Burguera, donde moraba en vida D. Juan Valls de Padrinas y Morey, y presentes sus hijos D. Juan y Don Jaime y dos testigos para proceder al inventario judicial de la herencia, manifestó D. Juan Valls que mantenía y cuidaba á su padre por ser tal, y no le constaba que poseyese ninguna clase de bienes, en lo cual estuvieron conformes D. Jaime y los testigos:

Resultando que acompañando copias auténticas unas, y simples otras de los documentos de que se ha hecho mérito á contar desde la escritura de cabrevación de 1815, presentó D. Juan Valls de Padrinas y Burguera en 30 de Junio de 1885 la demanda objeto de estos autos, que dirigió contra su hermano D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera y los demás referidos en la cabeza de esta sentencia, hasta el número de 68, en la que consignando los hechos que de aquéllos se desprenden y refiriendo quiénes eran poseedores de los bienes de la herencia de D. Salvador Valls de Padrinas, dedujo como fundamentos de derecho, que en materia de sucesiones, la voluntad del testador era la suprema ley á que había de atenderse, y sus palabras debían ser entendidas como suenan mientras no constase claramente que su intención fué contraria; que, en su consecuencia, como D. Salvador Valls de Padrinas y Morey instituyó heredero universal propietario á su hijo D. Juan Valls de Padrinas y Morey, y sucedida la muerte de éste, á su hijo varón mayor, la herencia de aquél se había deferido por fallecimiento de D. Juan Valls de Padrinas y Morey, al que en el acto de tener lugar fué el hijo varón mayor del mismo; y que como tenía indudablemente este concepto el demandante D. Juan Valls de Padrinas y Burguera, puesto que los dos hermanos del mismo, nacidos antes, habían premuerto á su padre, era claro que sucedida la muerte de éste en 13 de Junio de 1884, había sido heredero de D. Salvador Valls de Padrinas y Morey el mismo demandante; que el heredero de una persona gravada con sustitución y obligado, por lo tanto, á restituir bienes á su muerte, era el que primero y principalmente había de responder de semejante sustitución y entrega, y el que, asumiendo los derechos y representación de su causante, había de ser demandado como verdadera persona legítima para cuantas declaraciones procedieran al efecto; y por consiguiente, puesto que D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera era el único heredero legal de su padre, en este concepto debía dirigirse contra él la demanda en reclamación de la herencia de D. Salvador Valls de Padrinas y Morey, que pasó á su hijo D. Juan Valls de Padrinas

y Morey con el gravamen de restitución; que, sin perjuicio del fundamento anterior, era de notar que los bienes comprendidos en toda institución ó sustitución eran los que directamente se hallaban sujetos á ella, y que, en tal concepto, habían de pasar en su caso al heredero ó sustituto nombrado; y por lo tanto, aunque semejantes bienes por cualquiera medios hubieran venido á pasar á terceros poseedores, quedaban, no obstante, obligados á cubrir dicha responsabilidad en cuanto no bastaron los existentes en poder de la persona principalmente obligada, siendo nulas las escrituras en que constaban aquellos traspasos; y que por lo mismo en el caso presente, una vez que D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera, según el inventario recibido, no se posesionó de bienes algunos de su padre, la sustitución ordenada por D. Salvador Valls de Padrinas y Mora había de ser cubierta con los bienes dejados por éste, que estaban en poder de los terceros poseedores, anulándose las escrituras que tenían éstos á su favor; que nadie podía transmitir más de lo que tenía, y el que adquiría unos bienes de otro que los poseía en virtud de un título que expresamente se citaba, sólo obtenía lo que á tenor de dicho título podía serle traspasado y quedaba sujeto á las contingencias y gravámenes que del propio título se desprendían, sin poderlo contrariar en manera alguna, sucediendo lo mismo con sus causahabientes, y que, en conformidad á este principio, como D. Juan Valls de Padrinas y Morey, al enajenar las casas sitas en la villa de Felanitx, y los predios Sou Valls Vell y Sou Valls, precisó que le pertenecían como heredero de su padre D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, instituído en el testamento de éste de 21 de Agosto de 1821, era claro que él solo transmitió los derechos que tenía, según el propio testamento, á cuyo tenor, sucedida su muerte, pasaban tales bienes á su hijo varón mayor; así como era del mismo modo evidente que los adquisidores adquirían tan sólo semejantes derechos, ó sea los bienes con el propio gravamen, salvas los detracciones que procedieran, sin que ni ellos ni sus causahabientes, en los bienes expresados, pudieran jamás contrariar las obligaciones derivadas del mismo título, ni invocar otro título distinto que no compitiese al enajenante; que en toda institución ó sustitución, aunque se comprenda la universalidad de los bienes, no por esto constituyen siempre ni siquiera generalmente todos estos la herencia líquida, que en su caso quedaba sujeta al gravamen de restitución, sino que ordinariamente había bajas ó detracciones que hacer en beneficio del primer instituído ó de otras personas, de lo cual se derivaba la necesidad de la liquidación; y que, por lo tanto, para determinar la parte de la herencia de D. Salvador Valls de Padrinas y Mora sujeta al gravamen de restitución, era preciso hacer la liquidación previa de la misma, á fin de conocer de este modo su importe y cubrirlo con los bienes responsables por el orden inverso de sus enajenaciones; que el que poseía unos bienes que había de entregar á otro por corresponderle por derecho de sucesión, venía obligado á abonar al mismo los frutos de ellos producidos ó debidos producir desde que tuvo existencia semejante derecho; y que, por consiguiente, en el caso de que se trataba, como por la muerte de D. Juan Valls de Padrinas y Morey, quedó heredero del padre de éste el demandante D. Juan Valls de Padrinas y Burguera, los obligados á entregarle los bienes constitutivos de tal herencia lo estaban igualmente al pago de los frutos producidos ó debidos producir desde dicho fallecimiento; y ejercitando, en su virtud, las acciones que se desprendían de estos fundamentos, pidió se declarase que por fallecimiento de D. Juan Valls de Padrinas y Morey, ocurrido en 13 de Junio de 1884, se defirió á favor del demandante D. Juan Valls de Padrinas y Burguera la herencia de su abuelo D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, como heredero instituído por éste para semejante caso, en el testamento que ordenó en 21 de Agosto de 1821, efectivo en 15 de Octubre siguiente; y como consecuencia,

se condenase á D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera en su concepto de heredero de dicho D. Juan Valls de Padrinas y Morey, y también en su caso al mismo y á D. Baltasar Nicolau y Caldentey, y demás que expresó hasta el número de 68, como terceros poseedores de los bienes que constituían aquella herencia, á que previas las correspondientes liquidaciones, estimaciones y cuentas, hiciesen respectivamente entrega de ellos al demandante, en cuanto fuesen necesarios para cubrir el haber que le resultase, con los frutos de los mismos producidos y debidos producir desde el citado día 13 de Junio de 1884, á cuyo fin, y en cuanto fuese procedente, se declarasen nulas y de ningún valor ni efecto las escrituras, mediante las cuales D. Juan Valls de Padrinas y Morey enajenó tales bienes y todos los actos y contratos relativos á los mismos, en cuya virtud habían pasado á los demandados, imponiendo á éstos el pago de todas las costas:

Resultando que conferido traslado con emplazamiento á todos los demandados, comparecieron á contestar la demanda en cuatro representaciones ó grupos; teniéndose por contestada por no haber comparecido respecto á D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera, D. Juan Bou y Roig, Don Juan Forteza y Miró, Antonio Artigues y Oliver, Gabriel Barceló y Ramis, Pedro Bou y Bordoy, Antonio y Francisca, Ramón y Salom, Miguel Caldentey y Valdey, Isabel Oliver y Pon y Catalina Alcover y Gabinés:

Resultando que Doña Antonia Valls de Padrinas y Obrador y otros demandados hasta el núm. de 37, que forman el primer grupo de los comparecidos, contestaron á la demanda, alegando como fundamentos de derecho de su oposición, que á tenor de la ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente así como suenan, á menos que pareciere ciertamente que la voluntad del testador fué contraria á lo que ellas expresan, y según la ley 25, libro 32, tít. 1.° del Digesto, cuando no hay ambigüedad en las palabras del testador no se debe admitir cuestión sobre su voluntad; que D. Salvador Valls de Padrinas y Mora en su testamento instituyó heredero á su hijo D. Juan Valls de Padrinas y Morey, y sucedida la muerte de éste á su hijo varón mayor; que este hijo varón mayor fué el que nació primero, D. Salvador Valls de Padrinas y Burguera, no el demandante, que era hijo tercero; y como dicho hijo varón mayor premurió á su padre, 15 de Agosto de 1879, la sustitución caducó, quedando por consiguiente su padre en libertad de disponer de los bienes; siendo por tanto el primer fundamento de derecho de la demanda contrario á la voluntad del testador y á las leyes de los derechos patrio y común citadas; que era exacta la doctrina sentada en el segundo fundamento, pero no legítima la consecuencia que de ella se había querido deducir, pues D. Juan Valls y Morey, según quedaba expuesto, podía disponer libremente de los bienes; que era nula la declaración hecha en el juicio de abintestato de D. Juan Valls de Padrinas y Morey respecto de la sucesión de su hijo D. Jaime, pues la ley de Enjuiciamiento ordenaba que los descendientes que aspirasen á la declaración de su derecho justificaran ser los únicos herederos, y que ni el demandante D. Juan ni los testigos que se suministraron pudieron afirmar con verdad que los únicos herederos de D. Juan Valls y Morey eran los tres hijos que dejó existentes, pues su predifunto hermano D. Salvador también los dejó habidos de su matrimonio con Doña Zoila Rosa Descartes; deduciéndose de esto que D. Jaime Valls y Burguera no era representante legítimo de su padre para poder ser demandado en primer término, debiendo haberse dirigido la demanda por D. Juan contra todos los descendientes de su padre; que en un juicio de abintestato ajustado á las prescripciones de la ley Procesal, se hubiesen otorgado herederos, y que los exponentes tenían indisputable interés en que así se hiciese, pues los nietos de D. Juan Valls y Morey serían responsables de la evicción, por más que D. Jaime colu-

dido (así dice) con su hermano y escudado con un inventario nulo, como recibido sin citación de los interesados, se propusiera hacerla ilusoria; que negaba el tercer fundamento de la demanda, en el cual se partía del error de que los bienes poseídos por D. Juan Valls y Morey llevaban anejo un gravamen restitutorio que había venido á resultar á favor de D. Juan Valls de Padrinas y Burguera, lo cual era inexacto, como llevaba demostrado; siendo también error suponer que los bienes á que estuviera anejo un gravamen de esta clase nunca pudieran ser adquiridos legítimamente por terceros poseedores y fueran nulas las escrituras en que constasen los traspasos; habiendo señalado la ley un término, pasado el cual los poseedores que durante él no fuesen inquietados en la posesión, quedaban para siempre asegurados en el pleno dominio de los bienes; que los que eran objeto de este pleito fueron enajenados por D. Juan Valls de Padrinas y Morey á título oneroso hacía más de cuatro años, y que D. Juan Valls de Padrinas y Morey podría disponer de estos bienes, porque habiendo sido antes vinculados, su padre, nombrándole heredero, le transmitió la primera mitad, y la segunda la hizo el hijo suya en virtud de la ley desvinculadora, como inmediato sucesor; que en el caso, que negaban, de que no hubiese podido disponer de los expresados bienes, la estabilidad de las enajenaciones que hizo, atendido el larguísimo transcurso de años, la buena fe de los adquisidores y la posesión pacífica de ellos y de sus antecesores á ciencia del demandante, habría venido á quedar sancionada por la prescripción del dominio, excepción que oponían á mayor abundamiento; que la doctrina que consignaba el demandante en el cuarto fundamento tampoco era admisible, pues D. Juan Valls y Morey pudo disponer libremente de los bienes que enajenó, y el citar él en las escrituras el testamento de su padre, no podía afectar ni comprometer los derechos de los adquisidores, que naturalmente debieron creer que aquel testamento les autorizaba para los traspasos; que la doctrina sentada en la primera parte del quinto fundamento de la demanda era exacta, pero no aplicable en este pleito, careciendo el demandante del derecho que pretendía haberse deferido, no siendo por lo mismo doctrina legal la que se sentaba en el sexto fundamento, pues la responsabilidad al pago de frutos y su extensión, cuando existía, se resolvía y medía por la buena ó mala fe en que estuviera el poseedor de los bienes que le habían sido reclamados, y que generalmente partía desde la contestación á la demanda del adversario; suplicando por todo ello que se les absolviera de la demanda con imposición al demandante de las costas:

Resultando que por un otrosí de su escrito dedujeron reconvención contra D. Juan Valls de Padrinas y Burguera, en la que consignaron como hechos el resultado que ofrecían los documentos que presentaron y de que se ha hecho mérito, á partir del testamento de D. Jaime Valls de Padrinas de 25 de Noviembre de 1619, deduciendo como fundamentos de derecho que en materia de fideicomisos la voluntad del fundador es ley que debe guardarse; que las sentencias firmes de los Tribunales forman también ley en la materia de los pleitos en que se pronuncian, y que las transacciones obligan á los estipulantes y á sus herederos; que á tenor de estos fundamentos, el fideicomiso perpetuo agnaticio que fundó D. Jaime Valls de Padrinas en su testamento de 13 de Octubre de 1619, y que por la sentencia de 22 de Diciembre de 1708 fué declarado pertenecer á D. Salvador Valls de Padrinas y Adrover por muerte de D. Juan Valls y Ramón, ocurrida en 3 de Mayo de 1806, hubo de deferirse á su hijo primogénito D. Salvador Valls y Mora, quien por haber fallecido en época desvinculadora, 15 de Octubre de 1801, pudo disponer de la primera mitad, y de la segunda su hijo primogénito é inmediato sucesor D. Juan Valls de Padrinas y Morey, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2.º de la ley de 11 de Octubre de 1820,

por cuyos fundamentos el mismo D. Salvador Valls y Mora pudo también disponer de la primera mitad de los fideicomisos ordenados por D. Salvador Valls de Padrinas y Adrover y D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador, habiéndose deferido la segunda á dicho su hijo D. Juan Valls de Padrinas y Morey, como inmediato sucesor, y usando por ello de la acción nacida de la ley de desvinculación de 11 de Octubre de 1820, restablecida por Real decreto de 30 de Agosto de 1836 y de las demás que se desprendían de los hechos y fundamentos expuestos, pidieron se declarase que D. Salvador Valls y Mora fué legítimo poseedor de los fideicomisos fundados respectivamente por D. Jaime Valls de Padrinas, D. Salvador Valls y Adrover y D. Salvador Valls y Obrador, en sus testamentos de 13 de Octubre de 1619, 25 de Noviembre de 1711 y 10 de Noviembre de 1788, y que por fallecimiento de dicho D. Salvador Valls y Mora, ocurrido en 15 de Octubre de 1821, la segunda mitad de los expresados fideicomisos correspondió á su hijo primogénito D. Juan Valls de Padrinas Morey, como inmediato sucesor:

Resultando que el segundo grupo de los demandados, compuesto de D. Baltasar Nicolau y Caldentey, Doña María Valls de Padrinas y Obrador, D. Francisco Vallespín y Riera y D. Guillermo Arán y Triés, impugnaron también la demanda, alegando: que el demandante omitía una cláusula fundamental del testamento de D. Salvador Valls de Padrinas y Mora de 21 de Agosto de 1821, en la cual decía el testador que por cuanto algunos de sus progenitores fundaron de sus bienes varios fideicomisos, de los cuales era actual y efectivo detentator, si le era permitido elegirse sucesor de tales fideicomisos, desde entonces para después de su muerte elegía y nombraba sucesor universal de los mismos fideicomisos á su hijo D. Juan Valls de Padrinas, y él premuerto, á su hijo varón mayor que sobreviviera al testador, queriendo, sin embargo, que su madre fuera usufructuaria de los bienes comprendidos en dicho fideicomiso desde que él muriese hasta que su heredero universal propietario tomara estado; con lo cual era evidente que el testador distinguió entre los bienes que poseía procedentes de los fideicomisos ordenados por sus progenitores y los que no tenían tal procedencia; que por la ley de 1820 podía disponer el testador de la mitad de los bienes de los fideicomisos; que las tierras de pertenencia de Sou Valls, que poseían los demandados, estaba plenamente justificado que estaban afectas á los fideicomisos ordenados por los progenitores de D. Salvador, y por consiguiente era aplicable á ellos el orden sucesorio establecido en la citada cláusula testamentaria; que siendo así, el heredero de Don Salvador, su hijo D. Juan, desde que sobrevivió á su padre y aceptó la herencia de éste, hizo caducar la sustitución vulgar ordenada, viniendo por tal manera á tener la libre disposición de los bienes que fueron de D. Salvador, ó fuera la mitad de los procedentes de aquellos fideicomisos que á D. Salvador perteneció como mitad libre, y también de la otra mitad, la reservable como inmediato sucesor, y era por lo tanto indudable que Don Juan pudo hacer de Sou Valls y de Sou Valls Vell lo que le plugo; que Don Salvador distinguió claramente entre los bienes que poseía procedentes de los fideicomisos ordenados por sus progenitores y los que no tenían tal procedencia, nombrando para unos y otros el mismo heredero, aun cuando variando un accidente, pues en los de los fideicomisos quería que fuese su heredero su hijo D. Juan, y él premuerto, su hijo varón mayor, y en los que no procedían de aquéllos, instituía sucesor á su mismo hijo y sucedida su muerte á su hijo varón mayor, y si moría sin hijo varón mayor, al otro hijo del testador D. Salvador, etc.; siendo evidente que el testador dispuso una simple sustitución vulgar respecto á los bienes procedentes de fideicomisos, y aun parecía que vulgar era también la sustitución de la otra cláusula; que fallecido D. Salvador Valls y Mora en época desvincula-

dora, era bien vista su voluntad de aprovechar el derecho que la nueva ley le concedía, probándose más que se refirió á la mitad de que debía disponer el hecho de constituir sobre ello un usufructo á favor de su madre, que no hubiera impuesto si su idea hubiera sido referirse á la otra mitad de que no podía disponer; que de todos modos, al tenor del orden sucesorio establecido en la primera cláusula, la sustitución caducó, y de no haber caducado, el actor no tenía llamamiento del fideicomitente, sino que el que lo tendría sería el hijo varón mayor de D. Salvador, hermano primogénito del demandante, ó bien si se entendiera que faltara el hijo varón mayor del testador, pasara el derecho á D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador, hijo de D. Salvador Valls de Padrinas y Morey, que tenía llamamiento directo y personal del testador su abuelo; que la declaración de heredero á favor de D. Jaime era nula como obtenida subrepticiamente mediante la ocultación de la existencia de los nietos de D. Juan, hijos de D. Salvador Valls de Padrinas y Burguera, que tenían indisputable derecho á ser declarados herederos legales de su abuelo; que el cumplimiento de la acción resolutoria podía dar lugar á la rescisión, pero nunca á la nulidad de la enajenación, todo lo cual no necesitaba invocarse en este pleito por no haber sustitución fideicomisaria ni ser aplicable, si la hubiese, á los bienes que los demandados poseían; que sus causantes compraron las tierras de Son Valls en la seguridad de que el vendedor podía venderlas, no constando nada en la Contaduría de hipotecas sobre gravámenes de sustitución ni otro género en los bienes que querían comprar, sin que tampoco les perjudicara la cita del testamento, que tampoco les perjudicaría, por no haber impuesto el testador sobre los bienes los gravámenes que el actor suponía; que las escrituras de compraventa en que fundaban su derecho fueron inscritas en el Registro de la propiedad en 1843 y 1844, cuando no lo estaba todavía el testamento de D. Salvador Valls y Mora, y según el art. 38 y otros de la ley Hipotecaria, no se anulaban ni rescindían los contratos por causas que no constaban en el Registro cuando fueron aquéllos inscritos; que además, los demandados habrían adquirido el dominio de los bienes por la prescripción ordinaria y por la extraordinaria de treinta años, porque entre ellos y sus causantes habían poseído quieta y pacíficamente dichos bienes sin interrupción por más de cuarenta:

Resultando que por un otrosí de su escrito formularon también reconvención, solicitando, como los anteriores demandados, que se declarara que D. Salvador Valls de Padrinas y Mora fué el legítimo sucesor y poseedor delos bienes de los fideicomisos fundados por D. Jaime Valls de Padrinas, D. Salvador Valls de Padrinas y Adrover y D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador en sus respectivos testamentos de 13 de Octubre de 1619, 25 de Noviembre de 1711 y 10 de Noviembre de 1798, y que, por fallecimiento de dicho D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, ocurrido en 15 de Octubre de 1821, la segunda mitad de los mismos fideicomisos se defirió á su hijo primogénito D. Juan Valls de Padrinas y Morey como inmediato sucesor:

Resultando que D. Gabriel Vallespir y Alcover contestó por sí solo la demanda, pidiendo que se le absolviera de ella, con imposición de costas al actor, fundado, como los anteriores, en que la sustitución había caducado, quedando, por lo mismo, D. Juan Valls de Padrinas y Morey en completa libertad de disponer de los bienes, oponiendo también la excepción de prescripción por el transcurso de más de cincuenta años de posesión y la buena fe en los compradores:

Resultando que al propio tiempo que el anterior, pero en escrito separado, contestaron á la demanda D. Juan y Doña Francisca Ana Palou y Coll y D. Miguel Jaime y Montaner, con iguales pretensiones y fundamen-

tos, deduciendo asimismo reconvención con la misma solicitud que los otros demandados:

Resultando que el demandante replicó rechazando las excepciones alegadas por los demandados, insistiendo en todos los hechos y fundamentos de la demanda, y ocupándose de la reconvencion deducida por los tres grupos de los demandados, expuso: que por no ser auténtica la copia de la sentencia de 22 de Diciembre de 1708, y por no haberse acompañado las copias de los testamentos en que se decía que se ordenaron los fideicomisos, únicos comprobantes posibles de los mismos, como también por otros datos posteriores, faltaba toda base para admitir su existencia, y no podía, por tanto, concordarlos; que en la copia simple del testamento de 25 de Noviembre de 1711 resultaba, en efecto, que el testador D. Salvador Valls de Padrinas y Adrover ordenó un fideicomiso de todos sus bienes á favor de su hijo D. Juan Valls de Padrinas y Ramón y todos sus descendientes varones, particular que concordaba en cuanto guardara consonancia con el documento original, pero que no parecía ser cierto que sucediera en los fideicomisos mencionados D. Juan Valls de Padrinas y Ramón, y por muerte de éste, su hijo D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador; que la escritura de transacción de 26 de Noviembre de 1789 no corroboraba la deducción de haber sido entregado el predio Sou Valls Vell á Don Salvador Valls en concepto de vinculado, puesto que lo fué en solución de derechos fideicomisarios y de otros de distinta índole ni la de haberse hecho tal entrega en pago de todos los fideicomisos referidos, consignándose en la escritura todo lo contrario, y desprendiéndose claramente de su contexto que el único fideicomiso que correspondió á D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador, en pago del cual y de otros derechos le fué entregado el predio Sou Valls Vell, fué el ordenado por D. Jaime Valls de Padrinas, mayor; que del testamento ordenado por D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador, efectivo en 27 de Diciembre de 1695, que se había presentado por copia simple, resultaba, en efecto, que el testador fundó un fideicomiso que dispuso fuese de varón de mayor á menor, el que comprendió, entre otros bienes, el predio Sou Valls Vell, que le había sido entregado antes, y en su consecuencia lo concordaba en cuanto la copia estuviese conforme con su original; que las copias simples de las dos cabrevaciones de 3 de Junio de 1796 y 2 de Febrero de 1804 rectificaban algo por sí solas los conceptos sentados por los respectivos demandados; que el demandante no podía admitir que en las copias simples entregadas de las cinco certificaciones del catastro de Felanitx, sin perjuicio de su conformidad con el original, no guardaban conformidad entre sí, y que tales diferencias, y la falta del contenido de estas certificaciones con el de otros documentos antes citados, demostraba el poco valor que á aquéllas podría atribuirse; que D. Salvador Valls de Padrinas y Mora sucedió, en efecto, á su padre D. Juan Valls y Ramón, y que, sin saber en qué fideicomisos fué sucesor, y cuál fuese la consistencia de los mismos, faltaba la base para toda consideración fideicomisaria en los bienes de que se trataba; que si bien hubo de suceder D. Juan Valls de Padrinas y Morey en la segunda mitad de los fideicomisos que poseyera su padre, no constaba cuáles fuesen, y nunca pudo suceder en la otra mitad de qne pudo disponer aquel poseedor por el llamamiento que tuviese ó se le hiciese en los fideicomisos, sino como bienes libres del propio poseedor, y, por lo tanto, sujetos á la sustitución fideicomisaria que éste ordenó; que los fideicomisos de D. Jaime Valls de Padrinas, mayor, su hijo D. Bernardo Valls de Padrinas y Ribas, D. Salvador Valls de Padrinas y Adrover y D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador, no siguieron todos igual orden sucesorio; y aunque reconocía, mientras las copias de las partidas respectivas guardasen conformidad con sus originales, el en-

tronque desde D. Salvador Valls y Adrover hasta D. Juan Valls de Padrinas y Morey, debía rechazar que de éste existiese otro heredero más que el demandado D. Jaime Valls de Padrinas y Burguera, pues, aun dado el caso de que otros pudieran serlo, no habiéndose presentado en el juicio oportuno á reclamar su derecho, y obtenido por este motivo declaración alguna á su favor, no podían ser considerados como tales; y oponiendo á la reconvención las excepciones que se desprendían de lo alegado, pidió que se le absolviera de ella:

Resultando que los demandados reprodujeron en sus respectivos escritos de dúplica las excepciones alegadas y reconvenciones formuladas, acompañando con el juramento oportuno las partidas de matrimonio de D. Salvador Valls de Padrinas y Burguera, hermano del demandante, y de bautismo de sus cuatro hijos, Doña Salvadora, Doña Juana, D. Salvador y D. Juan:

Resultando que verificada á instancia de los demandados la citación de evicción de los herederos de D. Juan de Padrinas y Morey y de todos aquellos terceros de quien los demandados habían adquirido los bienes que se reclamaban, se recibió el juicio á prueba, durante cuyo término se trajeron á los autos copias auténticas de los documentos presentados en ellos, practicándose además prueba de posiciones y testigos, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca dictó sentencia en 27 de Marzo del año pasado 1890, declarando: que por fallecimiento de D. Juan Valls de Padrinas y Morey, ocurrido en 13 de Junio de 1884, se defirió á favor del demandante D. Juan Valls de Padrinas y Burguera la sustitución fideicomisaria ordenada por su abuelo en su testamento de 21 de Agosto de 1821, efectivo en 15 de Octubre siguiente, declarando asimismo que D. Salvador Valls de Padrinas y Mora fué legítimo sucesor y poseedor de los fideicomisos fundados por D. Jaime Valls de Padrinas y D. Salvador Valls de Padrinas y Obrador, en sus respectivos testamentos de 13 de Octubre de 1619 y 10 de Noviembre de 1788; y que por fallecimiento de dicho D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, la segunda mitad de los mismos fideicomisos se defirió á su hijo primogénito D. Juan Valls de Padrinas y Morey, como inmediato sucesor, absolviendo á todos los demandados de la demanda interpuesta por D. Juan Valls de Padrinas y Burguera en 30 de Junio de 1885, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Juan Valls de Padrinas y Burguera ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que siendo fundamento muy principal de la sentencia absolutoria el que desenvolvían los considerandos tercero al quinto, en los cuales se aplicaba la ley del testamento contenida en la cláusula de institución, é instituyendo D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, que testaba en 21 de Agosto y moría en 15 de Octubre de 1821, heredero para sus bienes libres y sucesor para los fideicomisados, nombrando sustituto para el heredero y no para el sucesor, y como por la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida por decreto de 30 de Agosto de 1836, artículos 1.º y 3.º, la mitad de los bienes que fueron fideicomisados había venido á ser libre, era evidente que el heredero y sustituto lo eran en esta mitad; y que la sentencia que la consideraba fuera del alcance de la cláusula sustitutoria, como si dicha mitad continuase siendo fideicomisada, se desentendía de la ley de 11 de Octubre, artículos 1.º y 2.º, citada, y de la ley del Testamento:

3.º Que á más de dichas leyes, infringe la 5.ª del tít. 33 de la Partida 7.ª y la doctrina reiteradísima de este Supremo Tribunal, de que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente y así como ellas suenan; pues D. Salvador Valls, al hacer el testamento después de la ley desvinculadora de 1820, distinguía entre heredero de bienes

libres y sucesor entre los de fideicomiso, por lo que entendiendo sus palabras llanamente, había que considerar que instituía heredero para todos los bienes que en 1821, fecha del testamento, eran libres, y entre los cuales, y desde la ley desvinculadora de 1820, debían contarse los de la primera mitad de los fideicomisados antes, y de la misma manera debió entenderse que el sucesor nombrado lo era sólo para los bienes de la mitad reservable de dichos fideicomisos, en la que se sucedía y no se heredaba; pero como los bienes libres solamente estaban afectos á la sustitución, y la sentencia excluía de ella los de la mitad libre de los fideicomisos, era claro que no aplicaba la ley del Testamento conforme á la llana palabra del testador, en cuanto no consideraba sujetos á la herencia y sustitución todos los bienes libres en la fecha del testamento, y por consiguiente susceptibles de que fueran heredados, y el heredero en ellos pudiera ser sustituído:

3.º Que á la vez que las leyes y doctrinas citadas en los motivos anteriores, resulta infringida la doctrina, según la cual debe atenderse al espíritu cuando pareciere ciertamente que la inteligencia literal no contiene la voluntad del testador; sentencias de 21 de Octubre de 1868 y 12 de Julio de 1876, y la regla general para la interpretación de todo documento, según la cual deben apreciarse en primer término las indicaciones contenidas en el mismo, sentencia de 18 de Septiembre de 1863, puesto que el fallo entendía que el testador se refirió á bienes de la mitad libre desde 1820 de unos fideicomisos, en una disposición dictada en 1821, en la que aquél decía que si le era permitido hacerlo, nombraba sucesor para los bienes sujetos á dichos fideicomisos, y era evidente que de haber comprendido en dicha disposición los bienes de la referida mitad no hubiera expresado dudas, ni hubiera nombrado sucesor, tratándose de bienes de que indudablemente tenía la libre disposición hacía un año, y para los que no había que nombrar sucesor, sino heredero:

4.º Que la sentencia recurrida infringe la ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, y la doctrina reiteradísima de este Supremo Tribunal, acerca de que los documentos públicos revestidos de todas las solemnidades legales, llevan en sí la presunción de validez y tienen toda la fuerza, mientras no se justifique su nulidad, sentencia de 17 de Octubre de 1866, puesto que no obstante aparece como úuico heredero abintestato de D. Juan Valls y Morey el demandado D. Jaime Valls y Burguera, constando así de un auto judicial traído en forma á este pleito, uno de los fundamentos de la absolución expuestos en los considerandos octavo y noveno, era que debió demandarse á otros que no aparecían como herederos en el auto referido:

5.º Que bajo el mismo punto de vista, la sentencia recurrida infringe además la doctrina jurídica declarada por este Supremo Tribunal en varios de sus fallos, 7 de Diciembre de 1885, según la que, aunque el demandado no tenga necesidad de pedir la declaración previa ó simultánea de la nulidad del acto en que se funda la acción, por lo menos debe excepcionar la nulidad de dicho acto y de sus consecuencias; y en el caso de este pleito, la sentencia estima para absolver un vicio de nulidad del título de heredero abintestato que ostentaba el demandante, siendo así que ninguno de los demandados alegó dicha excepción de nulidad, y que ninguno de los interesados, que la Sala sabía que nacieron, pero no sabía que existían al tiempo de hacerse la declaración de herederos, había hecho uso de la salvedad que para ejercitar su derecho declaraba el art. 997 de la ley de Enjuiciamiento civil, que tambien considera infringido, en cuanto viene implícitamente asimismo á declarar la eficacia de los autos de declaración de herederos abintestato, fuera de la eventualidad en que se ejercitase é hiciera valer dicha reserva:

6.º Que como á nada conducirían los motivos anteriores si los deman-

dados hubiesen hecho suyos por prescripción los bienes á que se refería la demanda, denuncia también como infringida la ley 21, tít. 19 de la Partida 3.ª, que la sentencia aplica, aun cuando mal, y el principio jurídico de que contra *non valentem agere, non currit prescriptio,* en cuanto desentendiéndose del fundamento principal de toda prescripción, entiende que han podido prescribir los que compraban de quien según su título (el testamento en que se hace la sustitución), citado por el mismo vendedor en la escritura que otorgaba, no podía vender, ó de quien, citando el mismo origen de la cosa vendida, pactaba no quedar sujeto á su evicción, y entendía que tales prescripciones eran posibles y corrían durante el tiempo en que por vivir el instituído, no había nacido el derecho y personalidad del sustituído (incierto hasta la muerte del heredero para interrumpir la prescripción):

7.º Que bajo el mismo punto de vista infringe la sentencia, juntamente con el citado principio jurídico, la ley 3.ª, libro 6.º, tít. 43 del Código de Justiniano, que es derecho en Mallorca, en cuanto debiéndose considerar la institución establecida por el testamento de D. Salvador Valls y Mora, para, sucedida la muerte del heredero D. Juan Valls y Morey, como fideicomiso ordenado puramente, pero bajo día cierto, no había estimado la Sala sentenciadora nulas *ipso jure* las ventas de los bienes de dicho fideicomiso y reivindicables en cualquier tiempo dichos bienes; sin que, conforme á la referida ley y axioma, puedan los detentadores invocar prescripción, ni aun la de largo tiempo:

8.º Y por último, y para que de cualquier modo y en todo escrito resulte casable la sentencia recurrida, contiene una evidente contradicción; pues empieza declarando que por fallecimiento de D. Juan Valls de Padrinas y Morey se defirió á favor del demandante D. Juan Valls de Padrinas y Burguera la sustitución fideicomisaria que ordenó su abuelo D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, y esta declaración resultaba contradictoria con la absolución de todos los demandados, pues no todos habían opuesto excepciones y eran 10 nada menos los que desde el principio del pleito estaban en rebeldía, y entre ellos figuraba el heredero del que vendió malamente, quien ninguna excepción había alegado, y á quien no alcanzaban seguramente excepciones con que se pudiera escudar á los terceros poseedores, pues de reconocer como empezaba reconociendo en parte el derecho del demandante, tenía por lo menos que condenarse al demandado D. Jaime Valls y Burguera.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que D. Salvador Valls de Padrinas y Mora, en su testamento de 21 de Agosto de 1821, instituyó á su hijo D. Juan Valls de Padrinas y Morey *heredero universal propietario, y sucedida* su muerte, á su hijo mayor varón, y al propio tiempo, teniendo en cuenta el estado de derecho creado por la ley Desvinculadora de 1820, eligió y nombró *sucesor universal* al expresado su hijo, y él *premuerto,* á su hijo varón mayor que le sobreviviera, de los fideicomisos fundados por D. Juan Valls de Padrinas y D. Salvador Valls y Obrador, en sus testamentos de 13 de Octubre de 1619 y 10 de Noviembre de 1788:

Considerando que el D. Juan sobrevivió á su padre D. Salvador, y por ello la sustitución vulgar no tuvo efecto, quedando dueño el instituído de todos los bienes fideicometidos respecto á una mitad, por tener la cualidad de reservable, y tocante á la otra, por la libre voluntad del testador:

Considerando que al testar D. Salvador Valls en los términos ya indicados, ejercitó su derecho en el modo que tuvo por conveniente, distinguiendo los derechos que transmitía al heredero D. Juan y conocedor de las consecuencias de las sustituciones, no confundió los bienes que se des-

vinculaban con los propios de la institución de *heredero universal propietario,* consignada en la primera cláusula:

Considerando que la voluntad del testador aparece á la simple lectura, es pura y clara rechazando toda interpretación, y en este concepto es evidente que D. Juan Valls de Padrinas y Morey pudo disponer de los bienes que constituían los fideicomisos, puesto que se le habían transmitido legalmente y no podían estimarse gravados de restitución:

Considerando que bajo tal concepto, la demanda de D. Juan Valls y Burguera no puede prosperar, porqne al ejercitar la acción reivindicatoria, no ha justificado el dominio sobre los bienes que reclama y son objeto del pleito; y la Sala, al declarar que por el fallecimiento de D. Salvador Valls se *defirió* á su hijo D. Juan, inmediato sucesor, la segunda mitad de los fideicomisos, no infringe la voluntad del testador, ni la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, ni las demás que se citan en los motivos 1.º, 2.º y 3.º:

Y considerando que justificada la sentencia recurrida por las razones ya expresadas, no hay necesidad de discutir los demás motivos del recurso subsidiariamente alegados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Juan Valls de Padrinas y Burgueras, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Palma de Mallorca la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 13 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

177

Recurso de casación (13 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad.*—Ha lugar al interpuesto por D. José Alesán en pleito con Don Juan Antonio y D. Ignacio Gómez (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que al tenor de lo dispuesto en el art. 264 del Código de Comercio de 1829, el contrato de Compañía es aquel por el cual dos ó más personas se unen, poniendo en común sus bienes é industria ó alguna de estas cosas, con el objeto de obtener algún lucro; puede celebrarse bajo cualquiera de las tres formas que se describen en el art. 265, y cuando se hace en forma colectiva, ha de girar bajo el nombre de todos ó algunos de los socios, sin que en su razón ó firma comercial pueda incluirse el nombre de persona que no pertenezca de presente á la Sociedad, según lo previene el art. 266:

Que si una Sociedad anunció en circulares á sus corresponsales que continuaba bajo la misma razón social, con la cual y de común acuerdo *se establecía otra casa en distinta población, siendo la razón social la proclamación de la existencia de la Sociedad ó Compañía de que es símbolo, y no pudiendo existir ninguna compuesta de un solo individuo, ni siendo legalmente dable incluir en la firma social el nombre de persona que no pertenezca á ella, es consecuencia necesaria que al noticiar los firmantes de las circulares el establecimiento de común acuerdo de la nueva casa, bajo la expresada razón social, ante la ley y ante las personas á quienes se dirigieran formaban parte de dicha razón y Compañía, que sólo á ellos y no á otras personas podía referirse, viniendo á ser la casa anunciada un nuevo establecimiento de aquélla:*

Que no se destruye esta consecuencia porque los firmantes de las circulares suscribieran anteriormente á éstas un documento privado manifestando que dichas casas eran distintas, si aquél no se hizo público hasta que la mencionada razón social fué demandada para el pago de cantidad, cuando de él

debiera haberse dado noticia con la circular referida, y quedando por lo mismo reducido á la condición de un pacto especial y reservado, terminantemente prohibido por el art. 827 del Código de Comercio de 1829:

Que contratando un socio á nombre de la Sociedad, estando su nombre incluído en la razón social, ésta no puede menos de soportar las resultas de sus actos, según dispone el art. 268 del antiguo Código de Comercio:

Que la falta de escritura y de su registro, dada la existencia de la Sociedad, deducida de los actos ejecutados por los socios incluídos en la razón social, no se opone á que se hagan efectivas las obligaciones contraídas para con los que han negociado con aquélla, al tenor de lo preceptuado en el art. 28 del Código citado y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Que en el caso expuesto, el hecho de expresarse en el preámbulo de una escritura de convenio otorgada por la Sociedad, que un determinado individuo era el único interesado en la nueva casa, no introduciría novación alguna en las obligaciones contraídas ni en su alcance, si la obligada en dicho instrumento era la misma razón social, para contratar con ella dieron sus poderes los acreedores ausentes y en las cláusulas de aquél se habla siempre á nombre de la expresada razón social, que no podía estar constituída por un solo individuo.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, por D. José Alesán y Nogués, comerciante, vecino de dicha ciudad, como liquidador de la Sociedad mercantil que giró en la misma plaza, bajo la razón social de F. y J. Alesán hermanos, con D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez y Paredes, propietarios y comerciantes, vecinos de Mazarrón, sobre pago de cantidad; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, dirigido y representado por los Licenciados D. Ricardo Ventosa y D. Antonio Coma y Xarpel, éste en el acto de la vista, y el Procurador D. Luis Figuerola; habiéndolo sido los demandados y recurridos por el Letrado D. Joaquín Díaz Cañabate y el Procurador D. Ramón Calabria:

Resultando que D. José María Gómez y Paredes, vecino de Cartagena, declaró en un documento privado, extendido en papel del sello cuarto, suscrito en Puerto de Mazarrón, á 22 de Agosto de 1852, que habiendo fallecido el día 17 del mismo mes su padre D. Ignacio Gómez, disponiendo en su testamento otorgado en 3 del propio mes que la casa comercio que había tenido en aquel puerto continuara sin disolverse bajo la razón social I. Gómez é Hijos, comprendiendo su deseo de que se perpetuara su memoria, y deseando establecerse por su propia cuenta en la ciudad de Cartagena, había acudido á su hermano D. Juan Antonio, como gerente de la casa, solicitando se le autorizara para poder establecerse en Cartagena bajo la misma razón social de I. Gómez é Hijos, y deseando complacerle, había accedido á ello, si bien bajo la expresada condición de que no por esto se había de entender que entre ambas existía mancomunidad alguna, á pesar de la identidad de razón social; que una y otra eran completamente independientes en sus operaciones respectivas, sin que el resultado de ellas pudiera afectarles recíprocamente, toda vez que la casa que iba á establecer en Cartagena no representaba intereses algunos de la de Puerto de Mazarrón, ni en ella eran partícipes ninguno de los interesados en ésta; y para que pudiera constar en todo tiempo y con el fin de que la idendidad de nombre no fuera un motivo de duda en las operaciones sucesivas de ambas casas, puesto que eran distintas entre sí, firmaban dicho documento por duplicado, á presencia de los albaceas D. Alfonso Albacete y D. Francisco Gómez Hernández, y de los testigos D. Juan Hernández

García y D. José García Sánchez, suscribiéndolo en efecto todos los mencionados:

Resultando que dos días después, ó sea en 24 del mismo Agosto de 1852, se dirigieron juntas á los corresponsales de D. Ignacio Gómez tres circulares, dos de ellas fechadas en Puerto de Mazarrón, la una de las cuales noticiaba el fallecimiento de aquél, y la otra, suscrita por D. Juan Antonio y por D. Ignacio Gómez y Paredes, con la firma de I. Gómez é Hijos, estaba concebida en estos términos: «Habiendo acaecido el fallecimiento de nuestro respetable padre D. Ignacio Gómez, que en paz descanse, según observará por la circular de la vuelta, debemos prevenir á usted que este acontecimiento desgraciado y pérdida irreparable del mismo en nada ha alterado los negocios y estado de esta casa, la que sigue, según disposición testamentaria, bajo la razón social de Ignacio Gómez é Hijos, con la cual y de común acuerdo se ha establecido otra casa en Cartagena, de que adjunta hallarán circular; rogamos á Ud. se sirva dispensarnos la misma confianza con que lo hiciera con nuestro difunto padre, quedando afectísimo s. s. q. s. m. b.»; diciendo la tercera de las expresadas circulares, suscrita en Cartagena por D. José María Gómez y Paredes con igual firma de I. Gómez é Hijos: «Por la circular con que se acompaña la presente, se enterará Ud. de haberse establecido casa en ésta bajo la misma razón que en Mazarrón de Ignacio Gómez é Hijos. Suplico á Ud. se sirva tomar nota de la firma estampada al pie, como única y valedera, rogándole al mismo tiempo dispense igual favor con que lo hiciera hasta aquí á mi difunto padre, que en paz descanse, ofreciéndonos de Ud. afectísimos s. s. q. s. m. b.»; siendo de advertir que en el ejemplar de esta circular dirigido á la casa F. y J. Alesán hermanos de Barcelona, venido al pleito actual, el pronombre *mi* de la frase *mi difunto padre* se halla enmendado, leyéndose en su lugar *ntro.* en esta forma abreviada:

Resultando que en los libros de cuentas corrientes de la casa I. Gómez é Hijos, de Cartagena, se halla á nombre de igual razón social de Mazarrón, una que empieza en 10 de Julio de 1861, al folio 121 del núm. 2 de aquéllos y continúa en 11 de Octubre del mismo año, al folio 131 de igual libro, no apareciendo dicha casa de Mazarrón ni entre los deudores, ni entre los acreedores, en el inventario ó estado general del capital activo ó pasivo que la casa de Cartagena formó en 1.º de Diciembre de 1864 y presentó á sus acreedores; los cuales después de varias juntas, en una celebrada en la noche del 10 de Enero de 1865, y de la que se levantó acta por el Notario de Cartagena y Escribano del Tribunal de Comercio de aquella plaza D. Bernardino Alcaraz, aceptaron varias proposiciones contenidas en un pliego suscrito I. Gómez é Hijos, con cuya razón social se menciona siempre á la citada casa de Cartagena en dichas proposiciones, la tercera de las cuales es como sigue: «Se ofrecen pagar el 25 por 100 de sus débitos en el plazo de seis meses, á contar desde el día en que este contrato privado se eleve á escritura pública; otro 25 por 100 á los nueve meses después del primer plazo; otro 25 por 100 á los nueve meses después del segundo, 12 ½ por 100 á los seis meses después del tercer pago; y el último 12 ½ por 100 en el término de otros seis meses posteriores al cuarto plazo»; habiéndose otorgado ante el mismo Notario Alcaraz, en 3 de Abril de 1865, una escritura, en la cual se aprobaron y ratificaron estas proposiciones, sin que en tiempo alguno se pudiera reclamar de I. Gómez é Hijos más que lo expresamente estipulado en ellas; si bien en el caso de faltarse al pago de cualquiera de los plazos designados, los acreedores podrían utilizar los derechos que les asistieran, y se nombraron interventores de entre aquéllos; consignándose en el encabezamiento de esta escritura que comparecían, de una parte, D. Jose María Gómez y Paredes, casado y único interesado en la casa de comercio establecida en dicha plaza

de Cartagena bajo la razón I. Gómez é Hijos, y de otra parte los acreedores ó sus representantes, que se relacionan, entre estos últimos D. Liberato Monte lls y Nadal, impresor, á nombre de Alesán hermanos, y Samora, Costa y Compañía, de Barcelona; expresándose al pie de la misma escritura, firmada I. Gómez é Hijos, que instruídos los otorgantes y testigos del derecho que la ley les concedía de leerla por sí ú oirla leer al Notario, por su elección, lo hizo este último; y en la copia de la referida escritura, obrante en este pleito, se inserta, entre otros, el poder otorgado en Barcelona á 15 de Marzo del precitado año 1865, por D. Francisco y D. Juan Cárlos Alesán y por D. Ramón Samora, en nombre de Alesán hermanos y de Samora, Costa y Compañía, á favor de D. Liberato Montells, vecino de Cartagena, para que en representación de dichas Sociedades pudiera otorgar y firmar con I. Gómez é Hijos, de Cartagena, la escritura de convenio acordada bajo las proposiciones que aquéllos habían presentado el día 7 de Enero, habiendo sido aceptadas y aprobadas el 10, según el acta extendida en esta última fecha por el Escribano del Tribunal de Comercio de la plaza:

Resultando que en cumplimiento de ese convenio se expidieron á favor de F. y J. Alesán hermanos, por 10 créditos contra I. Gómez é Hijos, de Cartagena, varios pagarés en grupos ó series, vencederos los de la segunda, el 3 de Julio de 1866; los de la tercera, el 3 de Abril de 1867; los de la cuarta, el 3 de Octubre del mismo año; y los de la quinta, el 3 de Abril de 1868; de cuyos pagarés acusó recibo en 19 de Abril de 1865 la primera de las mencionadas casas á la segunda, haciéndola notar que no estaban aquéllos domiciliados en Barcelona, por lo que I. Gómez é Hijos, de Cartagena, en carta de 23 del mismo mes, autorizó á F. y J. Alesán para poner al pie de los mismos: «Pagaderos en Barcelona»; ofreciéndoles hacer en su día la provisión de fondos necesaria:

Resultando que en pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Totana por Samora, Costa y Compañía, con D. Juan Antonio y Don Ignacio Goméz, al contestar éstos posiciones dirigidas por la Sociedad demandante, afirmaron ser suyas las dos firmas que decían I. Gómez é Hijos y autorizaban la circular fechada en Mazarrón á 24 de Agosto de 1852, de cuya casa de cormercio formaban parte juntos con la demás familia; pero que esta casa era distinta de la de I. Gómez é Hijos, de Cartagena, que fué quien puso la otra circular:

Resultando que D. José Alesán y Nogués, como liquidador de la Sociedad F. y J. Alesán hermanos, dedujo en 30 de Marzo de 1887, ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona, demanda solicitando se condenara solidariamente á D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez Paredes á pagarle 50.261 pesetas 23 céntimos, importe de 40 pagarés que presentó, cantidad que se había quedado adeudando á F. y J. Alesán hermanos, en virtud de la escritura de 3 de Abril de 1865, con los intereses de dicha suma desde el día en que por derecho procediera y las costas; para lo cual hizo relación de la existencia en Mazarrón de la casa de Ignacio Gómez, á cuyo fallecimiento, y en virtud de su disposición testamentaria, continuaron sus hijos bajo la razón social de I. Gómez é Hijos, con la que de común acuerdo establecieron otra casa en Cartagena, conforme constaba por las circulares; casa que se vió en la imposibilidad de cumplir con sus acreedores, con los cuales celebró en 10 de Enero de 1865 el convenio que en 3 de Abril se elevó á escritura pública, cuyos pactos expuso, así como la expedición de los pagarés, de los cuales sólo se había logrado hacer efectivos los del primer plazo, adeudándose los 40 de los otros cuatro, importantes 50.261 pesetas 23 céntimos, pagaderos en Barcelona, según la carta de 23 de Abril de 1865, alegando también: que D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez Paredes eran socios colectivos de la

casa I. Gómez é Hijos de Mazarrón, según las circulares y las contestaciones á las posiciones dirigidas á los mismos en el pleito seguido por Samora, Costa y Compañía en Totana; y que habiéndose formado por la casa de Mazarrón la de Cartagena, según dichas circulares, aquéllos eran igualmente socios colectivos de esta última casa:

Resultando que D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez y Paredes impugnaron la demanda, presentando al efecto el documento privado de 22 de Agosto de 1852, y exponiendo, entre otras alegaciones, que la casa establecida en Cartagena bajo la razón social de I. Gómez é Hijos era distinta de la que en Mazarrón tenían los demandados, quienes no habían intervenido en la obligación que se suponía contraída por el gerente de la de Cartagena, única que suspendió pagos é hizo con sus acreedores el convenio otorgado en la escritura de 3 de Abril de 1865, de la cual aparecía manifiesto D. José María Gómez y Paredes ser el único interesado en la casa I. Gómez é Hijos, de Cartagena, bajo cuya base se estableció el convenio, fundamento de la demanda, habiendo aceptado la sola responsabilidad del D. José María los acreedores concurrentes al otorgamiento, entre ellos la casa demandante representada por D. Liberato Montells; que no había existido entre ambas casas participación, ni comunidad de intereses, ni siquiera cuenta corriente, ni menos escritura de Sociedad; ni D. Juan Antonio ni D. Ignacio habían firmado los pagarés, ni carta alguna, ni tampoco firmado ni remitido á Alesán hermanos las circulares de 24 de Agosto de 1852 presentadas por el actor, en una de las cuales se leía: «*ntro.* difunto padre», donde antes decía: «*mi* difunto padre», pues era sólo el firmante de dicha circular, y el único interesado en la casa de Cartagena, D. José María Gómez; y que desde 3 de Abril de 1865, en que se firmó por éste, como único interesado en esa casa, la escritura de convenio con sus acreedores, hasta Marzo de 1887 en que se les había demandado á ellos á juicio de conciliación, habían transcurrido veintiún años, once meses y algunos días; y opusieron las excepciones de falta de derecho y acción y, para en su caso, la de prescripción:

Resultando que al replicar el demandante reprodujo sus anteriores alegaciones, y adicionó: que el documento privado de 22 de Agosto de 1852, no podía afectar en nada á la Sociedad F. y J. Alesán hermanos, pues no intervino en él, ni de su existencia se había tenido noticia hasta aquel momento; y según aparecía del mismo, D. Ignacio Gómez dispuso en su testamento siguiera la casa de comercio I. Gómez é Hijos; y D. José María, para establecer otra en Cartagena con el mismo nombre social, tuvo que pedir autorización á D. Juan Antonio, que se la concedió, firmando éste y D. Ignacio, dos días después, la circular fechada en Mazarrón, en que se decía haberse establecido aquella casa de Cartagena de común acuerdo; y tanto era cierto que todos los hijos de D. Ignacio Gómez eran socios de la casa de este nombre, cuanto que al evacuar las posiciones D. Juan Antonio y D. Ignacio, en el pleito incoado en Totana por Samora, Costa y Compañía, con posterioridad también al documento privado, habían afirmado que constituían aquella Sociedad ellos y demás familia; que aun cuando en la escritura de 3 de Abril de 1865 se dijera ser D. José María el único interesado en la casa de Cartagena, era de tener en cuenta se otorgó dicha escritura para consignar y aceptar el convenio con los acreedores, en cuyos pactos ni se indicaba, ni se daba lugar á presumir fuese solamente D. José María quien constituyera la casa de Cartagena, hablándose en el primero, en el séptimo, en el octavo y en el duodécimo de I. Gómez é Hijos, que era quien se obligaba, expresando D. José María ser su gerente, y firman lo también la misma escritura con la firma social; que los poderes otorgados á D. Liberto Montells estaban limitados á otorgar y firmar con I. Gómez é Hijos, de Cartagena, la escritura de convenio acordada bajo las proposi-

ciones presentadas y aprobadas según el acta de 10 de Enero de 1865, levantada por el Escribano del Tribunal de Comercio de aquella plaza, y suscrita por Alesán hermanos, y Samora, Costa y Compañía, quienes no dieron á su Procurador facultades para admitir la sustitución de la personalidad de D. José María Gómez en lugar la de I. Gómez é Hijos que era la obligada; y por tanto, si se diera el alcance que los demandados pretendían á las palabras de la escritura, quedaría ésta nula por falta de facultades del apoderado; que bastaba ver las circulares, sus sellos de correo, sus firmas, que eran verdaderamente de I. Gómez y Compañía, y la confesión judicial antes citada, para convencer de no ser cierta la negativa de los demandados de haber dirigido á Alesán hermanos circular de ninguna clase, y la frase: «Mi difunto padre» de la fechada en Cartagena, hubo de corregirse al remitir aquélla para que hubiese concordia por estar redactada en plural dicha circular; que nada importaba dijeran los demandados no haber suscrito los pagarés, y que nada tenían que ver con la quiebra de la casa de Cartagena, pues bastaba fuesen aquéllos legítimos y estuviesen librados por I. Gómez é Hijos; y que de los presentados, los números 13 al 42 tenían su vencimiento del 3 de Abril de 1867 en adelante, desde cuya fecha no habían transcurrido veinte años, ni 30 desde 3 de Julio de 1866, en que vencieron los señalados con los números 3 al 12:

Resultando que en el período de pruebas, aparte de otras referidas anteriormente, se dirigieron por el demandante posiciones á los demandados, que reconocieron como de la gerencia de la casa I. Gómez de Cartagena la firma de los pagarés, si bien expresando uno de ellos no poder asegurarlo por tratarse de documentos en cuya extensión y redacción no había intervenido ni conocido hasta aquel momento, y como suyas las puestas en la circular expedida en 24 de Agosto de 1852 desde Mazarrón, afirmando que la otra de igual fecha en Cartagena, obrante en autos, era la que en aquélla se decía que se acompañaba, si bien se notaba la alteración repetidamente expresada; y negaron que de la Sociedad I. Gómez é Hijos, de Mazarrón, formaran parte todos los hijos de D. Ignacio Gómez, manifestando el D. Juan Antonio que ignoraba si su padre lo ordenada en su testamento; declarando también, á instancia de los demandados, varios testigos:

Resultando que continuado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 3 de Febrero del año último sentencia revocatoria, absolviendo á D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez Paredes de la demanda contra ellos interpuesta por D. José Alesán y Nogués, liquidador de la razón social F. y J. Alesán Hermanos, sin expresa condena de costas de ambas instancias:

Resultando que D. José Alesán y Nogués, con el carácter expresado, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, apoyado en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, por los motivos siguientes:

1.º La infracción del art. 266 del Código de Comercio de 1829, que regía en 1852 y en 1865, según el cual la Compañía colectiva ha de girar bajo el nombre de todos ó alguno de los socios, sin que en su razón ó firma social pueda incluirse el nombre de persona que no pertenezca, de presente, á la Sociedad; en el concepto de que, estableciéndose en Cartagena una casa de comercio con asentimiento de los demandados, bajo la razón social I. Gómez é Hijos, dichos demandados, hijos de I. Gómez, debían ser necesariamente socios colectivos de aquella Compañía cuando consentían en que su nombre figurara en la razón social; y la sentencia, como si no hubieran sido socios de la mencionada casa de comercio, los absuelve de la demanda:

2.º La de los artículos 28 y 285 del citado Código de Comercio y de la doctrina de este Tribunal Supremo en sentencias de 14 de Febrero de 1870, 30 de Marzo de 1875 y 23 de Junio de 1885, en las que, aplicando dichos artículos, se establece «que la falta de escritura pública de una Sociedad mercantil, así como de su toma de razón en el Registro de comercio, como requisitos impuestos por el Código á las Sociedades mercantiles en su interés y bajo la responsabilidad de estas mismas, no puede perjudicar á los terceros interesados que, después de dados á conocer por los medios de costumbre, hubiesen contratado con ellos; pues habiéndose dado á conocer por las circulares firmadas y reconocidas por los demandados gerentes de la casa establecida en Puerto Mazarrón el establecimiento de esa casa, bajo la razón social de I. Gómez é Hijos, con la cual y de común acuerdo se establecía otra casa en Cartagena, por no obrar en autos la escritura social, y prescindiendo de dichas circulares, absuelve la sentencia á los demandados, como si no hubiera existido Sociedad y los demandados no hubiesen sido socios de ella:

3.º La del art. 267 del mismo Código de Comercio, según el cual todos los que formen la Sociedad de comercio colectiva, sean ó no administradores de caudal social, están obligados solidariamente á las resultas de las operaciones que se hagan á nombre y por cuenta de la Sociedad, bajo la firma que ésta tenga adoptada, y por persona autorizada para la gestión y administración de sus negocios; porque, tanto si eran como no independientes las dos casas de comercio de Mazarrón y de Cartagena, quedando probado por las circulares reconocidas y hasta por el documento privado producido por los demandados que D: José María Gómez Paredes estaba autorizado para el uso de la firma I. Gómez é Hijos en Cartagena, absuelve á los demandados socios de I. Gómez é Hijos del cumplimiento de obligaciones contraídas por el citado D. José María Gómez, como gerente de dicha razón social, y usando la firma de la gerencia de la Sociedad en Cartagena:

4.º La de la ley del contrato, ó sea de la escritura pública de 3 de Abril de 1865, y del art. 235 del mencionado Código de Comercio de 1829, según el cual, habiendo contratado un comerciante por escritura pública, queda obligado y se le podrá compeler en juicio al cumplimiento de las obligaciones que contrajo; dado que, habiéndose pactado en aquella escritura por el gerente que la razón social I. Gómez é Hijos tenía al frente de la casa de comercio establecida en Cartagena, usando de la firma social, el pago de los respectivos créditos á los acreedores, entre ellos á F. y J. Alesán Hermanos en los respectivos plazos, más que vencidos, se absuelve del pago de uno de aquellos créditos á los demandados, socios de la propia razón social I. Gómez é Hijos:

5.º La del art. 287 del repetido Código de Comercio, que previene que los socios no pueden hacer pacto alguno reservado, sino que todos han de constar en la escritura social, mediante dar la sentencia fuerza y eficacia contra tercero, esto es, contra el recurrente y sus causantes para destruir la fuerza obligatoria de las circulares y de la escritura pública citada al documento privado y reservado de 22 de Agosto de 1852:

6.º La de los artículos 247 y 249 del propio Código de Comercio, según el primero de los cuales, los contratos de comercio se han de ejecutar y cumplir de buena fe, en los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido propio y genuino de las palabras dichas ó escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieran manifestado su voluntad; y con arreglo al segundo, cuando haya necesidad de interpretar las cláusulas de un contrato, y los contratantes no resuelvan de común acuerdo la duda ocurrida, se tendrán por base de su interpretación: pri-

mero, las cláusulas adveradas y consentidas del mismo contrato, que puedan explicar las dudosas; y segundo, los hechos de las partes subsiguientes al contrato que tengan relación con lo que se disputa; en el sentido de que con la sentencia, al absolver á los demandados, se restringen los efectos que, naturalmente, se derivan del modo con que los contratantes manifestaron su voluntad en el contrato de 3 de Abril de 1865, pues en ninguno de sus pactos se limitan las responsabilidades contraídas bajo la firma de I. Gómez é Hijos, á D. José María Gómez Paredes, antes al contrario, en la mayoría de los pactos se distingue la persona del expresado Gómez de la responsabilidad jurídica I. Gómez é Hijos; y en el sentido de que la interpretación limitativa que, fundada en las palabras del preámbulo, se da al expresado contrato, está en pugna con las cláusulas del mismo que forman sus pactos, y con el hecho de haber firmado el contrato con la firma social y haberse librado los pagarés determinantes de la cantidad debida, y suscrita la carta determinante del lugar del pago bajo la propia firma social:

7.º La del principio *nemo fraus suo patrocinari debet æqum est, ut fraus in suum autorem retorque batur;* esto es: el dolo jamás debe ser útil al que lo comete, si que, por el contrario, es equitativo perjudique al mismo doloso; en el concepto de que la sentencia absuelve á los demandados, cuando es evidente que, en el caso de no ser socios de la casa de Cartagena los que lo eran de Mazarrón, obraran con dolo; pues las circulares anunciando el establecimiento en Cartagena de la casa I. Gómez é Hijos inducían á engaño á las personas que después contrataron con ella, corroborándolo el hecho de haberse remitido juntas las dos circulares, y el otro hecho de haberse otorgado en forma privada y mantenido reservado el documento de 22 de Agosto de 1852:

8.º La de la ley 20, tít. 12, Partida 5.ª, y la doctrina de este Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Junio de 1884, estableciendo que el poderdante no está obligado á respetar los actos que el mandatario hizo con extralimitación de sus facultades, en atención á darse en la sentencia fuerza y eficacia contra el recurrente á la manifestación hecha en el preámbulo de la escritura por D. Juan *(sic)* María Gómez Paredes de ser único interesado en la casa de comercio I. Gómez é Hijos, de Cartagena, cuando tal manifestación, no aceptada por el mandatario, cuando caso de haberlo sido el apoderado D. Liberato Montells carecía de facultades para ello, por estar limitado el poder que usaba á elevar á escritura pública el convenio privado de 1.º de Enero de 1865, en el que no hay tal manifestación; y cuando no es lo mismo estar interesado en un negocio, ó ser responsable (que es de lo que se trata), de las obligaciones contraídas, y partiendo de aquel error, se absuelve á los demandados:

9.º El error de derecho en la apreciación de las pruebas, al suponer á D. José María Gómez Paredes único interesado en la razón social I. Gómez é Hijos, de Cartagena, ya que la existencia de una razón social presupone la de una Sociedad, según el art. 266 del Código de Comercio citado, y no cabe compañía sin el interés de dos ó más personas, según el art. 264 del propio Código; y

10. El error de hecho que resulta de documento auténtico, con infracción al mismo tiempo de la ley 20, tít. 13, Partida 3.ª, y del apartado 3.º del art. 580 de la ley de Enjuiciamiento civil, que determinan la fuerza legal de la conoscencia, toda vez que, habiendo reconocido mediante juramento indecisorio los dos demandados, que existió una casa de comercio bajo la razón social de I. Gómez é Hijos, de la que formaron parte los correspondientes y «demás familia», se supone en la sentencia recurrida que hubo dos casas de comercio de igual nombre, y que formaban los dos hermanos demandados la una y el otro hermano D. José María Gómez la otra,

contradiciendo así lo reconocido por los mismos demandados bajo juramento indecisorio.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que al tenor de lo dispuesto en el art. 264 del Código de Comercio de 1829, el contrato de Compañía es aquel por el cual dos ó más personas se unen poniendo en común sus bienes é industria ó alguna de estas cosas, con el objeto de obtener algún lucro; puede celebrarse bajo cualquiera de las tres formas que se describen en el art. 265, y cuando se hace en forma colectiva ha de girar bajo el nombre de todos ó algunos de los socios, sin que en su razón ó firma comercial pueda incluirse el nombre de persona que no pertenezca de presente á la Sociedad, según lo previene el artículo 266:

Considerando que son hechos admitidos que en el puesto de Mazarrón hubo una Sociedad, á la cual pertenecían D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez Paredes juntos con la demás familia, según declaración de éstos que giraba bajo la razón social I. Gómez é Hijos, la cual en 24 de Agosto de 1852 dirigió á sus corresponsales, entre ellos á los Sres. F. y J. Alesán hermanos, tres circulares de que se hace puntual referencia en el resultando 2.º, en una de las que, firmada por dichos D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez, se participa que la casa de su padre seguirá bajo la razón social Ignacio Gómez é Hijos, añadiéndose textualmente, *con la cual, y de común acuerdo* se ha establecido otra casa en Cartagena de que adjunta hallarán circular. Rogamos á Ud. se sirva dispensarnos la misma confianza con que lo hiciera con nuestro difunto padre: acompañándose en efecto dicha circular suscrita en Cartagena por D. José María Gómez Paredes con igual firma de I. Gómez é Hijos, en la que se dice: que por la circular con que se acompaña la presente se enterará Ud. de haberse *establecido casa en ésta, bajo la misma razón que en Mazarrón, de Ignacio Gómez é Hijos*:

Considerando que siendo la razón social la proclamación de la existencia de la Sociedad ó Compañía de que es símbolo, y no pudiendo existir ninguna compuesta de un solo individuo, ni siendo dable legalmente incluir en la firma social el nombre de persona que no pertenezca á ella, es consecuencia necesaria que al noticiar D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez Paredes el establecimiento de común acuerdo de esta casa en Cartagena bajo la razón social I. Gómez é Hijos ante la ley y ante las personas á quienes se dirigiera, formaban parte de dicha razón y Compañía que sólo á ellos, hijos de Gómez y no á otras personas podía referirse, viniendo á ser la casa de Cartagena un nuevo establecimiento de la misma razón social I. Gómez é Hijos:

Considerando que no se destruye esta consecuencia porque el día antes de dirigir las mencionadas circulares firmaran con D. José María Gómez un documento privado en que manifestaron que la casa de Mazarrón era distinta de la de Cartagena, no teniendo en ésta participación ninguno de los interesados en aquélla, pues dicho documento no se ha hecho público hasta que se ha producido en el presente pleito, cuando de él debiera haberse dado noticia con la circular de inauguración de la Compañía, y queda por lo mismo reducido á la condición de un pacto especial y reservado, terminantemente prohibido por el art. 287 del Código de Comercio:

Considerando que habiendo contratado D. José María Gómez á nombre de la Compañía I. Gómez é Hijos, estando su nombre incluído en la razón social, ésta no puede menos de soportar las resultas de sus actos, según lo dispone el art. 268 del mencionado Código:

Considerando que la falta de escritura y de su registro, dada la existencia de la Sociedad como se deduce de los actos ejecutados ó cometidos por los hijos de Gómez, no se opone á que se hagan efectivas las obligaciones contraídas para con los que han negociado con la Sociedad, al tenor de lo

preceptuado en el art. 28 del Código citado, y de la jurisprudencia de este Supremo Tribunal alegada por el recurrente:

Considerando que el convenio celebrado por la escritura de 3 de Abril de 1865, aun cuando en ella se diga por preámbulo ser D. José María Gómez el único interesado en la casa de comercio establecida en Cartagena, no introdujo novación alguna en las obligaciones contraídas ni en el alcance que éstas tuvieran, puesto que la obligada en dicho instrumento era la misma razón social I. Gómez é Hijos; para contratar con ella se dieron los poderes por todos los acreedores ausentes, y en sus cláusulas se habla siempre á nombre de la expresada razón social, que, como se ha dicho, no podía estar constituída por un solo individuo, por lo cual es siempre usado el plural, mencionándose á D. José María Gómez como gerente de aquélla:

Considerando, por todo lo expuesto, que la sentencia recurrida al absolver á D. Juan Antonio y D. Ignacio Gómez Paredes de la demanda contra ellos interpuesta por D. José Alesán, infringe los artículos del Código de Comercio mencionados en los anteriores considerandos, cuyos artículos han sido invocados por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Alesán y Nogués, liquidador de la razón social F. y J. Alesán Hermanos, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 3 de Febrero del año último dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona.—(Sentencia publicada el 13 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

178

Recurso de casación (13 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Defensa por pobre.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Manuel Valero, en autos con Doña Pilar Cordero (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que con arreglo á lo prescrito en el núm. 3.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, procede la no admisión del auto que no pone término al pleito ni hace imposible su continuación, y en su consecuencia no obtiene el carácter de definitivo en ninguno de los conceptos que comprenden los artículos 1689 y 1690 de dicha ley:

Que en tal caso se encuentra el auto denegatorio de la suspensión de un incidente de la demanda principal en tanto que se decide otro sobre defensa por pobre del recurrente.

Resultando que promovido incidente de pobreza por D. Manuel Valero Prado, como marido de Doña Joaquina Inés Cossío de la Torre, para litigar con Doña Pilar Cordero y Marín y otros, sobre nulidad de un testamento, le fué negado dicho beneficio por sentencia firme de 23 de Septiembre de 1890:

Resultando que pendiente de apelación un incidente de la demanda principal, el Procurador de D. Manuel Valero solicitó la suspensión del mismo hasta que recayese decisión en el nuevo incidente de pobreza que había formulado; y que denegada esta pretensión declarando que había cesado aquel beneficio que los citados consortes disfrutaban, el Procurador que los representaba renunció á continuar haciéndolo, por haber aceptado en concepto de pobre:

Resultando que hecho saber á los demandantes este desintimiento, fijándoles término para que comparecieran á sostener el recurso pendiente en concepto de ricos, lo verificó un Procurador á su nombre con poder y

escrito en papel de oficio, á lo que se acordó en providencia de 24 de Noviembre que luego que pidiera en forma se proveería:

Resultando que interpuesto de esta providencia recurso de súplica, fué impugnado por Doña Pilar Cordero; y que por auto de 12 de Diciembre de dicho año declaró la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla no haber lugar á suplir ni enmendar la providencia suplicada, y que se estuviera á lo acordado en ella;

Y resultando que contra este auto ha interpuesto D. Manuel Valero y Prado, en la representación indicada, recurso de casación, citando las leyes á su juicio infringidas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que el auto recurrido dictado en el presente incidente no pone término al pleito ni hace imposible su continuación, y en su consecuencia no obtiene el carácter de definitivo en ninguno de los conceptos que comprenden los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, procediendo, por tanto, la no admisión del recurso, con arreglo á lo prescrito en el núm. 3.º del art. 1729 de la citada ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Don Manuel Valero y Prado, como marido de Doña María Inés Cossío de la Torre, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 13 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

179

RECURSO DE CASACIÓN EN ASUNTO DE ULTRAMAR (15 de Junio de 1891). —Sala primera.—*Tercería de dominio.*—Ha lugar al interpuesto por D. Antonio Derizauz en pleito con D. Bernardo Lastra y otro (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que el contrato cuya esencia consiste, después de liquidar las cuentas pendientes entre los contratantes y de determinar el saldo resultante á favor de uno de ellos, en transmitir á éste en pago del mismo una finca del deudor, quien se obligó á otorgar escritura formal de venta cuando lo exigiere el acreedor, que entró desde luego á percibir los productos de la finca y á satisfacer una contribución, constituye una venta, no sólo perfecta, sino consumada, por haber consentimiento explícito en la cosa y el precio y mutua entrega de una y otro:

Que al no reconocerlo así la Sala sentenciadora y desestimar la tercería de dominio interpuesta por el comprador, entendiendo que en el contrato referido sólo hubo declaración de deuda y promesa de venta, infringe lo convenido por las partes la ley 6.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, y la jurisprudencia de su tenor:

Que el Real decreto de 6 de Mayo de 1882, de carácter legal para la isla de Cuba, prorroga el plazo de inscripción de los inmuebles y derechos reales adquiridos antes de 1.º de Mayo de 1880.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Junio de 1891, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar, hoy del Oeste, de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, por D. Antonio Derizauz y Torralba, asentista, con D. Bernardo Lastra, comerciante, y D. Juan Fernández y González, empleado, todos vecinos de dicha ciudad, sobre tercerías de dominio y de mejor derecho, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto

por Derizauz, y en su defensa y representación los Licenciados D. Rafael María de Labra y D. José Espinosa, éste en el acto de la vista, y el Procurador D. Federico González del Rivero, no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo Lastra ni Fernández:

Resultando que en 16 de Abril de 1879, ante el Notario de la Habana D. Arturo Galletti, otorgaron una escritura de declaración de deuda y promesa de venta D. Juan Bautista Fernández y González y D. Antonio Derizauz y Torralba, manifestando el primero que el segundo, por hacerle favor, le había facilitado en diferentes fechas y partidas, para sus más urgentes necesidades, la suma de 1.500 pesos en oro, total que arrojaba la liquidación que, de común acuerdo, habían practicado y aprobado; y en esta virtud se constituía líquido y legítimo deudor del Derizauz por dicha suma, y como no le era posible satisfacérsela de presente, convenía en traspasarle los derechos y acciones que tenía á la mitad de la casa, calle Ancha del Norte, núm. 216, de aquella ciudad, como único y universal heredero de su hermano D. Antonio Fernández y González, fallecido en 1871, comprometiéndose á otorgar la escritura de venta real de dicha mitad de casa por el indicado precio de 1.500 pesos en oro á favor del repetido Derizauz en el momento que éste se lo exigiera, en cuya escritura clausularía todas las condiciones que por su naturaleza se exigieran; obligándose también á no gravar ni vender la finca; y como desde que empezó á recibir la suma prestada hasta aquella fecha no había satisfecho á su acreedor interés alguno, consentía en que desde la misma hiciera suyos los productos de dicha mitad de casa, quedando obligado Derizauz á satisfacer las contribuciones; habiéndose abonado en 30 del mismo mes á la Hacienda el impuesto correspondiente por este contrato:

Resultando que por escritura de 20 de Febrero de 1888 ante el Notario también de la Habana, D. Pedro Rodríguez Pérez declaró D. Juan Fernández que en 16 de Diciembre de 1870, asimismo en escritura ante D. Manuel Padilla, se había confesado deudor de D. Bernardo Lastra por la cantidad de 1.176 escudos de plata, que sin interés alguno tenía recibidos de éste á calidad de préstamo, con obligación de pagarselos á razón de 70 escudos mensuales, á contar del 31 de los referidos mes y año; y si faltaba el pago de dos mesadas, se entendería vencida la obligación y expedito el acreedor para exigir lo que le estuviera adeudando; ofreciendo cumplir todo ello lisa y llanamente con promesa de otorgar á favor del acreedor, tan pronto como éste lo estimara conveniente, escritura de hipoteca expresa por dicha suma sobre un inmueble de su propiedad, situado en la calle Ancha del Norte, núm. 216; que no habiéndole sido posible cumplir lo allí estipulado, celebraron en 1.º de Abril de 1871, en el Juzgado municipal del distrito de la Catedral un acuerdo en el que se declaró deudor de Lastra por la suma de 900 pesos á que ascendían los 1.170 escudos anteriores y 315 pesos facilitados después, y se comprometió á satisfacer intereses y á que se tomara razón en el Registro, como así se verificó; y que liquidados capital é intereses, resultaba adeudar 2.720 pesos 40 centavos, de los que deducido lo entregado, quedaba un alcance á favor de Lastra de 2.000 pesos en oro, y en consecuencia se constituyó líquido y legítimo deudor de Lastra por la expresada suma, la cual le pagaría en el acto que se la pidiera, con más los intereses de demora al 12 por 100 anual, habiéndose satisfecho á la Hacienda en 13 de Marzo de 1888 el impuesto correspondiente por esta obligación:

Resultando que declarado D. Juan Fernández y González heredero abintestato de su hermano, sin perjuicio de tercero de igual ó mejor derecho en 9 de Abril del mismo año 1888, por auto del Juzgado de primera instancia del distrito de Guadalupe, de la Habana, habiendo promovido Don Bernardo Lastra, con presentación de la últimamente citada escritura de

20 de Febrero en el del distrito del Pilar, hoy del Oeste de aquella ciudad, juicio ejecutivo contra Fernández, despachada la ejecución se le requirió de pago, y no habiéndolo efectuado, le fué embargada la mitad de la casa núm. 216 de la calle Ancha del Norte y de sus rentas, recayendo sentencia de remate que quedó firme en 9 de Noviembre siguiente:

Resultando que con motivo del enunciado embargo dedujo D. Antonio Derizauz en 14 de Junio del repetido año 1888 demanda de tercería de dominio sobre dicha mitad de casa, solicitando se declarara haber lugar á ella y dispusiera el desembargo, con las costas á cargo de quien procediese, alegando al efecto: constar en la escritura de 16 de Abril de 1879 que Fernández le hizo entrega de la expresada mitad de casa, dándose por recibido del precio convenido, reservándose formalizar la escritura de venta tan luego como el demandante se lo exigiera, pero cediéndole ó traspasándole todos sus derechos y acciones sobre la enunciada mitad de casa en el mismo acto del otorgamiento de la citada escritura; que aun cuando el Notario calificaba el contrato de un modo especial, llamándole «declaratoria de deuda y promesa de venta en pago», no era así como había que estimarlo, sino convenir en la celebración del de compraventa con toda perfección, según la teoría legal de que los de aquella especie se perfeccionan por el consentimiento de las partes y se consuman con la entrega del precio y de la cosa, quedando válidos y subsistentes aunque las escrituras en que se consignen no hagan fe en juicio por no haber sido registradas en el oficio de hipotecas; que ya estaba D. Juan Fernández en condiciones legales de otorgar el documento á que se obligó, lo cual no había hecho, sin embargo de haber sido declarado heredero de su hermano D. Antonio; que se habían abonado los derechos fiscales, y de consiguiente podía usarse de aquella escritura ante los Tribunales; que estaba acreditado de un modo claro y terminante el derecho de Derizauz para creerse propietario de la mitad de casa; y que nadie sin razón puede perjudicar á otro en su persona ó derechos, y al que tiene en su favor uno reconocido, se le debe respetar manteniéndole en su goce, é invocó los artículos 1530 y 1532 de la ley de Enjuiciamiento civil vigentes en aquella isla, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1860, 14 de Diciembre del 61, 11 de igual mes del 62, 13 de Octubre del 64 y 26 de Mayo y 30 de Junio del 66; haciendo, por otro escrito posterior, extensiva la demanda á tercería de mejor derecho por los mismos fundamentos antes enunciados:

Resultando que D. Bernardo Lastra impugnó la tercería pretendiendo se declarara sin lugar con las costas al actor, fundado principalmente: en no ser de venta la escritura de 16 de Abril de 1879, sino como en ello acertadamente se decía, de reconocimiento de deuda y promesa de venta, demostrándolo así sus cláusulas, obligando las promesas aceptadas en los términos precisos y concretos en que se hacen, sin ser lícito alterarlas contra la voluntad de los promitentes, cual lo sanciona la sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Noviembre de 1858, estableciendo la de 30 de Abril de 1864 y 1874, también de este Tribunal Supremo, que los contratos han de entenderse en sentido literal; en que D. Juan Fernández no pudo vender en 1879 la mitad de la casa que decía pertenecerle como heredero de su hermano, no habiéndose verificado la declaración en favor de aquél de tal heredero hasta nueve años después; en intentarse por el demandante reinvindicar una finca sin presentar título justificativo de dominio, como es preciso al efecto, conforme á sentencia dictada igualmente por este Tribunal Supremo en 27 de Diciembre de 1879; en no haberse inscrito la citada escritura de 16 de Abril en el Registro de la propiedad, no obstante lo que preceptúa el art. 13 de la ley Hipotecaria, siendo tan necesario el cumplimiento de dicho requisito, que la Dirección general de los Registros resolvió con fecha 3 de Noviembre de 1879 ser preciso para que la enaje-

nación de una finca se consume de una manera absoluta, ó sea respecto de tercero, que conste por escritura pública y se efectúe la enunciada inscripción; en haber usado de su derecho D. Bernardo Lastra al pedir en el juicio ejecutivo, como acreedor de D. Juan Fernández, el embargo de una finca de éste, declarado ya al realizarse aquél, heredero de su hermano D. Antonio, y el que usa de su derecho «non face tuerto á otri», conforme dice la ley 13, tít. 33, Partida 7.ª, en expresar la escritura otorgada á favor de Lastra, que la deuda de Fernández partía del año 1870; en no presentar Derizauz ningún documento acreditativo de haberse dictado sentencia de Tribunal, obligando á Fernández á cumplir la promesa consignada en la repetidamente enunciada escritura de 16 de Abril de 1879, habiéndose pronunciado en el juicio ejecutivo instado por Lastra la de remate, no apelada sin embargo de su notificación personal al deudor; y en lo dispuesto en la ley 11, tít. 14, Partida 5.ª, con arreglo á la cual y á las sentencias de este Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 1878 y 11 de Julio del 81, tiene preferencia en el cobro de un crédito por deuda personal el acreedor que primero obtuvo sentencia favorable respecto á los demás de la misma clase que la obtuvieron después, aunque sus créditos sean más antiguos:

Resultando que declarado en rebeldía D. Juan Fernández, y continuados los autos en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó, en 6 de Mayo del año próximo pasado, sentencia confirmatoria con las costas de la apelación, declarando sin lugar las tercerías de dominio y de mejor derecho, deducidas por D. Antonio Derizauz, imponiendo á éste las costas de primera instancia, y mandando continuar el procedimiento de apremio contra los bienes objeto de la tercería de dominio:

Resultando que D. Antonio Darizauz ha interpuesto recurso de casación, por haberse á su juicio infringido:

1.º La ley del contrato, robustecida por la conocida doctrina de este Tribunal Supremo, que establece ser aquéllos, lo que resulta evidentemente de la intención de los contratantes y de las condiciones de la estipulación, cualquiera que sea el nombre que por error dieran á su convenio; ley y doctrina infringidas por la Sala sentenciadora al estimar que en el caso de autos no se trata de una compraventa, ni el vendedor hizo otra cosa que prometer vaga y lejanamente el hacer la venta cuando el acreedor requiriese la escritura:

2.º La ley 6.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, que expresa y determina el modo y manera de perfeccionarse el contrato de compraventa, ley interpretada y aplicada constantemente por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias en las de 30 de Junio y 1.º de Diciembre de 1854, 27 de Mayo de 1856, 11 de Diciembre de 1863 y 13 de Octubre de 1864, y muy especialmente en las de 20 de Mayo y 24 de Octubre de 1873 y 14 de Junio de 1860, en cuya jurisprudencia se viene á declarar repetidamente que el contrato de compraventa queda perfeccionado por el consentimiento de las partes y la entrega del precio y la cosa, aunque no se haya otorgado la correspondiente escritura, siempre que no se haga depender expresamente de este otorgamiento la validez del contrato, en cuanto la Sala sentenciadora no estima perfeccionada la venta hecha por Fernández á Derizauz en 16 de Abril de 1879, siendo así que medió el consentimiento de las partes y la entrega de la cosa y del precio, sin pactarse, como condición necesaria para la validez, el otorgamiento de nueva escritura:

3.º El Real decreto de 6 de Mayo de 1882, que por las condiciones de la legislación ultramarina tiene carácter de ley, y que prorrogó indefinidamente los plazos señalados por la Hipotecaria de Cuba para inscribir bienes inmuebles y derechos reales, títulos y derechos anteriores á 1.º de Mayo de 1880, y la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en sentencias de 14 de Noviembre de 1888, toda vez que la Sala sentencia-

dora no da valor al contrato de venta realizado en 16 de Abril de 1879, por faltarle la condición externa de la inscripción, siendo así que por tratarse de un derecho creado antes de 1.º de Mayo de 1888, está hoy mismo en condiciones de ser inscrito:

4.º El principio de derecho *Qui prior est tempore, potior est jure*, reconocido y sancionada por la ley 5.ª, tít. 24, libro 10 de la Novísima Recopilación, así como por innumerables sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, las de 1.º de Junio y 6 de Octubre de 1886, porque la Sala sentenciadora no estima preferente el derecho de Derizauz, cuando de no ser de venta la escritura de 16 de Abril de 1879, no hay duda de que se trata de dos créditos de igual condición, teniendo preferencia el del recurrente como más antiguo, de acuerdo con los principios legales citados:

Y 5.º El art. 1266 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico en su penúltimo apartado, que al tratar de la prelación de créditos establece que los acreedores que lo sean por escrituras públicas se graduarán por el orden de sus fechas, pues no obstante dicha disposición, no se había estimado preferente el crédito de Derizauz, siendo anterior al de Lastra y ambos escriturarios.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la esencia del contrato celebrado en 1879 entre Fernández y Derizauz consiste, después de liquidar la cuenta pendiente entre ambos y de determinar el saldo resultante á favor de Derizauz, en transmitir á éste en pago del mismo la mitad de la casa de que era dueño el primero, como heredero de su hermano, obligándose á otorgar el Fernández escritura formal de venta cuando Derizauz lo exigiere, y entrando desde luego éste á percibir los productos de la finca y á satisfacer sus contribuciones, lo cual constituye una ventaja, no sólo perfecta, sino consumada, por haber consentimiento explícito en la cosa y el precio, y mutua entrega de una y otro:

Considerando que al reconocerlo la Sala sentenciadora y desestimar la tercería de dominio, por entender que en el contrato referido hubo sólo declaración de deuda y promesa de venta, infringe lo convenido por las partes, la ley 6.ª, tít. 5.ª, Partida 5.ª, y la jurisprudencia de su tenor, según se invoca en los motivos 1.º y 2.º del recurso:

Considerando que no es lícito rechazar la escritura de 1879 por falta de inscripción, porque el Real decreto de 6 de Mayo de 1882, de carácter legal para la isla de Cuba, prorroga el plazo de inscripción de los inmuebles y derechos reales adquiridos antes de 1.º de Mayo de 1880;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio Derizauz y Torralba, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 6 de Mayo de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 15 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

180

COMPETENCIA (15 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Pago de anualidad de un legado.*—Se decide en favor del Juez de primera instancia del distrito del Sur de Madrid la sostenida con el de igual clase de Bilbao acerca del conocimiento de la demanda interpuesta ante el segundo por D. Antonio Barea contra Doña Blanca de Vildósola, y se resuelve:

Que según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales será Juez competente el del lu-

gar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Que la acción reclamando del heredero el pago de un legado de cantidad tiene carácter personal, y no habiendo determinado el testador dónde había de pagarse, ó lo que es lo mismo, cumplirse la obligación, debe determinarse la competencia, de conformidad á la disposición legal arriba citada, en el lugar del domicilio del demandado, aun no siendo el del fallecimiento del testador si en éste no hubo juicio alguno de testamentaría ó abintestato, y no pueden tener aplicación al caso las reglas 5.ª y 7.ª del art. 63 de la referida ley.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Junio de 1891, en la competencia pendiente ante Nos por razón de inhibitoria suscitada por el Juez de primera instancia del Sur de esta corte, al de igual clase de Bilbao en el conocimiento de la demanda entablada ante el último por D. Antonio Barea y Lorente, Médico militar, vecino de Vitoria, en representación de su mujer Doña Pilar de Vildósola y Fernández, contra Doña Blanca de Vildósola y Fernández, viuda, pensionista, vecina de esta corte, sobre pago de una anualidad de un legado vitalicio y aseguramiento de las sucesivas; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte demandada, defendida por el Letrado D. Lorenzo Fernández Vázquez y representada por el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana:

Resultando que Doña Manuela de Vildósola y Landecho otorgó testamento en la villa de Bilbao en 8 de Octubre de 1881, disponiendo en la cláusula 7.ª, que del remanente que quedara de todos sus bienes, derechos y acciones, instituía y nombraba por sus herederos únicos y universales á Doña Blanca, Doña Aurora y D. Fernando de Vildósola y Fernández, sus sobrinos, y á los hijos ó sucesión de la hermana de aquéllos, Doña Pilar de Vildósola, por cuartas é iguales partes; y por otro testamento que otorgó en la misma villa en 23 de Noviembre de 1885, manifestó en la cláusula 3.ª que declaraba subsistente en un todo la cláusula 7.ª del anterior testamento, con sólo la variación de que instituía heredera de la cuarta parte de todos sus bienes, derechos y acciones á Doña Blanca de Vildósola y Fernández, con la obligación de entregar á su hermana Doña Pilar Vildósola y Fernández, durante sus días, el 5 por 100 de interés anual de la mitad de todo cuanto heredase de la testadora:

Resultando que ocurrido el fallecimiento de Doña Manuela de Vildósola en 19 de Mayo de 1890, se procedió por el Contador, que nombró albacea testamentario D. Fernando Landecho, á la formación de las operaciones de testamentaría, en las que resultó un haber para la heredera Doña Blanca por su cuarta parte en la herencia de 154.994 pesetas y céntimos, en cuyo pago le fueron adjudicados valores y metálico y algunas alhajas y plata labrada por la suma de 579 pesetas; habiéndose consignado por el Contador, en el tercero de los supuestos que estableció como bases de dichas operaciones, al ocuparse de la citada cláusula 3.ª del segundo de los testamentos de la finada, que la obligación impuesta en dicha cláusula á su sobrina Doña Blanca era clara y no ofrecía duda alguna, pues siendo fácil averiguar lo que anualmente produjeran los bienes que en la testamentaría se adjudicaran á Doña Blanca, quedaría aquélla cumplida con que ésta ó su representación entregara anualmente á la Doña Pilar el 5 por 100 de la mitad, ó el 2 y medio por 100 del total de aquellos productos, pudiendo entre ambas establecer su cuantía, las garantías que creyeren convenientes ó hacer los convenios que desearen; y por escritura pública otorgada en Bilbao en 2 de Agosto del año próximo pasado, fueron aprobadas las citadas operaciones particulares por todos los interesados en la herencia de Doña Manuela, y entre ellos por D. Antonio Barea, en repre-

sentación de su esposa, con la salvedad de que, no habiendo llegado á un acuerdo las interesadas Doña Pilar y Doña Blanca, por la premura del tiempo, respecto á la interpretación que el citado Contador Arias daba á la cláusula 3.ª del segundo testamento de la causante Doña Manuela de Vildósola, á fin de que se aprobaran cuanto antes las referidas operaciones testamentarias, para no perjudicar á los demás interesados dejaban pendiente por entonces la resolución de la interpretación que debiera darse á la indicada cláusula para hacerlo en la forma que procediera más adelante:

Resultando que con los documentos indicados y certificación de haber celebrado acto de conciliación, al que acudió el Procurador de la demandada Doña Blanca de Vildósola, haciendo presente que se oponía á la petición de D. Antonio Barea por ser improcedente, dedujo éste, en el concepto indicado de marido de Doña Pilar de Vildósola, demanda civil ordinaria en el Juzgado de primera instancia de Bilbao, con la solicitud de que se condenase en definitiva á Doña Blanca de Vildósola y Fernández á entregar al demandante, en el concepto de administrador legal de los bienes de su mujer, la cantidad de 3.860 pesetas 39 céntimos á que ascendía el 5 por 100 de interés de la mitad del capital que en valores y metálico había heredado de su tía Doña Manuela de Vildósola, y cuya obligación le impuso por la primera anualidad del legado vitalicio que á favor de la Doña Pilar hizo la testadora, haciendo extensiva dicha condena á que la demandada Doña Blanca prestase caución ó fianza para asegurar el cumplimiento del legado, y entrega consiguiente de igual cantidad en los años sucesivos durante los días de Doña Pilar, en apoyo de todo lo cual expuso entre los hechos los antecedentes que se dejan relacionados, y alegó entre los fundamentos de derecho que como el testador no había designado lugar cierto donde debiera ser dada la cosa, podía pedirse allí el legado, porque era donde se hallaba la mayor parte de la herencia, donde se habían practicado las operaciones, aunque extrajudicialmente, de testamentaría; donde se había otorgado la escritura de aprobación con la salvedad de que se deja hecho mérito, y donde, por último, se había celebrado el acto de conciliación por la demandada, sin protesta alguna por su parte; y por un otrosí se hizo presente que si Doña Blanca no se encontraba en aquella villa en el domicilio que se señalaba, donde había vivido durante la práctica de las operaciones de testamentaría, su domicilio estaba en Madrid en el punto que se fijaba:

Resultando que admitida la demanda, y después de otras actuaciones que no son del caso, se libró exhorto al Juez decano de los de esta corte, para la citación y emplazamiento de Doña Blanca de Vildósola, que tuvo lugar en 31 de Octubre, y en 6 del siguiente mes promovió en esta corte dicha demandada la inhibitoria de jurisdicción, diciendo: que era vecina de esta capital y domiciliada en la casa misma indicada por el demandante; que éste ó su representación, reconocía acertadamente en la demanda; que la única acción que ejercitaba y podía ejercitar era la personal; que según el art. 62, regla 1.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento; que en el presente caso, conforme lo reconoció el demandante en uno de los fundamentos de derecho de su demanda, no constaba el lugar en que debiera extinguir ó cumplir la alegante la obligación que se suponía de pagar á su hermana Doña Pilar el 5 por 100 de interés de la mitad de la herencia que le había sido adjudicada, no habiendo tampoco lugar de contrato porque si bien la testadora había fallecido en Bilbao, y en dicha villa se habían hecho las operaciones de testamentaría y se había otorgado por

los interesados la escritura de su aprobación, se había dejado en ésta pendiente de resolución la interpretación que debía darse á la cláusula 3.ª del testamento de Doña Manuela, ó sea la fijación del vitalicio y las garantías que se creyeran convenientes; que, por otra parte, aunque se supusiera, como de contrario se hacía, que el punto del otorgamiento de una escritura de aprobación de las operaciones de una testamentaría era el lugar del contrato, había que tener presente que la demandada no había sido emplazada en él, sino en su domicilio, ó sea en lugar distinto del en que otorgó la escritura de aprobación de las operaciones de testamentaría; y que, por último, el hecho de haber sido citada la alegante de conciliación y de haber comparecido en virtud de tal citación ante el Juzgado municipal de Bilbao, no daba al de primera instancia competencia para conocer de la demanda interpuesta, porque este Tribunal Supremo, en sentencias de 14 de Enero y 3 de Junio de 1869, 13 de Junio de 1872 y otras muchas, tiene establecida la jurisprudencia de que al acto de conciliación no puede darse hoy los efectos que al emplazamiento para contestar una demanda, por no tener el carácter de un verdadero juicio:

Resultando que de conformidad con el dictamen del Ministerio fiscal dictó el Juez de primera instancia del Sur, auto inhibitorio en 17 de dicho mes de Noviembre; fué impugnada por la parte demandante ante el Juzgado de Bilbao la inhibitoria propuesta á éste, alegando para ello: que á los hechos ya expuestos, y con los que ambas partes estaban conformes, había que añadir el de que el domicilio de la finada Doña Manuela de Vildósola había estado en aquella villa; y que al dejar pendiente de resolución en la escritura de aprobación de las operaciones de testamentaría la interpretación que debía darse á la cláusula 3.ª del último testamento de D.ª Manuela, para hacerlo en la forma que procediera más adelante, aparecía bien claro y manifiesto queen aquella ciudad se ocuparían también los interesados de este particular; que no obstante residir la demandada fuera del territorio de la Audiencia de aquel distrito, había sido citado para el acto de conciliación ante el Juzgado municipal, bajo el supuesto que se expresó en la papeleta que se acompañaba á este escrito de hallarse ambas partes litigantes en un mismo pueblo perteneciente al territorio del Juzgado en que debía entablarse la demanda, y lejos de suscitar competencia alguna la representación de Doña Blanca en dicho acto, á que acudió por medio de Procurador, contestó la reclamación, diciendo: que además de lo expuesto había que tener en cuenta para resolver la competencia, que se trataba en la demanda entablada de una reclamación incidental que quedó pendiente de resolución por acuerdo de las partes en una testamentaría extrajudicialmente practicada en el domicilio de la difunta, por lo que si tan sólo aquel Juzgado era el competente para prevenir el juicio de testamentaría y para conocer de todas las demandas incidentales mientras estuviera pendiente dicho juicio, conforme á lo dispuesto en las reglas 5.ª y 7.ª del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, era evidente que haciendo aplicación de las reglas de derecho de que lo accesorio sigue á lo principal, y que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición legal, había que reconocer y convenir que no se estaba en el caso de la regla general de competencia, señalada en el núm. 1.º del art. 62 de la ley procesal, sino en el de la excepción, tanto más, cuanto que la escritura de aprobación de las particiones otorgada en aquella villa, se deducía claramente que la voluntad de los interesados fué resolver el asunto que quedó pendiente allí donde radicaba la testamentaría y existían todos los antecedentes; hallándose corroborada y confirmada esta doctrina por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre ellas las de 11 y 16 de Enero de 1886, 9 Noviembre de 1883 y 27 de Septiembre de 1888, y que

por razón de lo ya expuesto respecto al hecho de haber acudido la demandada por medio de Procurador al acto de conciliación, podía sostenerse que existía por parte de ella sumisión tácita, á aquel Juzgado, pues nadie puede ir contra sus propios actos solemnemente reconocidos, según sentencia de 19 de Julio de 1889:

Resultando que oído el Fiscal municipal, dictó auto el Juez de primera instancia de Bilbao en 24 de Diciembre, negando la inhibición propuesta y declarándose competente para seguir conociendo de los autos; y comunicado este auto en la forma legal correspondiente al Juzgado que propuso la inhibitoria, y habiendo insistido éste en ella, por auto de 10 de Febrero, remitieron ambos Juzgados las respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo, y se sustanció la competencia con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Vitoriano Hernández:

Considerando que, según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque incidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Considerando que la acción reclamada del heredero, el pago de un legado de cantidad tiene carácter personal, y no habiendo determinado el testador donde había de pagarse, ó lo que es lo mismo, cumplirse la obligación, debe determinarse la competencia, de conformidad á la disposición legal arriba citada, en el lugar del domicilio del demandado; pues si bien el fallecimiento de la testadora ocurrió en Bilbao, no hubo juicio alguno de testamentaría ó abintestato, y no pueden tener aplicación al caso de autos lo determinado en las reglas 5.ª y 7.ª del art. 63 de la referida ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta demanda corresponde al Juez de primera instancia del distrito del Sur de esta corte, al que se remitan todas las actuaciones, poniéndolo en conocimiento del de igual clase de Bilbao; siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas.—(Sentencia publicada el 15 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Julio del mismo año.)

181

COMPETENCIA (15 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Reconocimiento de firmas.*—Se declara que no ha lugar á resolver la sostenida entre los Juzgados de primera instancia de los distritos del Oeste de Madrid y del Parque de Barcelona, en diligencias promovidas por D. J. y J. Bertrand contra D. Joaquín Escolá, y se resuelve:

Que sólo pueden suscitarse cuestiones de competencia en pleitos ya promovidos y en que se haya ejercitado una acción sobre la cual verse la contienda jurisdiccional, como se deduce del art. 73 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, sólo podrán ser propuestas la inhibitoria y la declinatoria por los que sean citados ante el Juez incompetente ó puedan ser parte en el juicio promovido:

Que no se promueve juicio cuando no se presenta demanda alguna, y sólo se trata del reconocimiento de firmas y absolución de posiciones al objeto de un embargo preventivo, después de lo cual podrá promoverse ó no el correspondiente juicio, siendo, mientras no llegue este caso, improcedente la cuestión jurisdiccional.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Junio de 1891, en la competen-

cia pendiente ante Nos, entablada entre los Juzgados de primera instancia de los distritos del Oeste de esta corte y el del Parque de Barcelona, á virtud de requerimiento de inhibición dirigido por aquél al de la Universidad de esta última ciudad, que primeramente entendió en las diligencias de su razón, con motivo de un exhorto librado á solicitud de J. y J. Bertrand, comerciante en la misma, para que D. Joaquín Escolá y Fronollá, vecino y del comercio de esta capital, reconociera las firmas de unas cartas y absolviese cierta posición; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo el D. Joaquín Escolá, representado por el Procurador D. Julián Muñoz y Miguel y defendido por el Letrado D. Camilo Uceda:

Resultando que con escrito de 18 de Octubre del año último la casa de comercio de Barcelona J. y J. Bertrand acudió al Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de aquella capital, presentando 14 cartas que aparecen dirigidas á dicha casa por D. Joaquín Escolá, con fechas 15 y 22 de Febrero, 6, 13 y 21 de Marzo, 15 y 28 de Abril, 7 y 13 de Mayo, 3, 24 y 30 de Junio y 1.º y 12 de Agosto del próximo pasado año 1890; acusando el recibo de talones del ferrocarril y facturas de géneros remitidos por la repetida casa de comercio, á la que manifiesta dejar acreditadas en cuenta las respectivas correspondientes cantidades, haciendo también mérito de giros en casi todas las indicadas cartas, y expresando además, entre otros particulares, en la de 22 de Febrero, que lo acordado con Don Juan fué se les mandarían ó avisaría para que libraran 4.000 pesetas y habían librado mucha más suma, faltándole 3.000, y si no le hacían transferencia de ellas, le sería difícil ó imposible recoger su giro; esperando le remitiesen esta suma para no verse en el caso de dejar de pagarle, y en lo sucesivo ya procuraría indemnizarles, haciéndoles remesas á medida que le fuese posible, pues éste había de ser su sistema en adelante; en la de 6 de Marzo, que sentía no poder aceptar la pretensión de J. y J. Bertrand, de librar á diferentes fechas, por dos razones: la una, porque faltaría al acuerdo social de no admitir giros de nadie; y la otra, porque habiéndole faltado la venta en la segunda quincena de Noviembre y todo el mes de Diciembre, le faltaban, como era consiguiente, los cobros, y no podía adquirir compromiso sin tener la seguridad de cumplirlos; esperando por estas razones una nueva atención de dichos J. y J. Bertrand, á que correspondería haciendo por su casa cuanto humanamente pudiese, remitiéndoles todo lo más posible de lo poco que iba realizando, de lo atrasado; en la del 13 del mismo mes de Marzo, que sentía tener que repetirles lo ya manifestado, por no poder complacerles en la forma que deseaban, pero sí estaba en dedicarles la mayor suma de los cortos cobros que se hacían, y una vez se animaran, dar mayor impulso á las remesas, pues si librasen, como decían, le sería imposible aceptar las letras, y por tanto le rogaba nuevamente dejasen á su cuidado la provisión de fondos; en la de 21, también del mencionado mes de Marzo, que atendería á los dos giros que menciona, importantes en junto 60.394 reales, y su líquido, deducido quebranto, de 60.000, se lo dejaba debitado en cuenta; en la de 7 de Mayo, que no podía pasar sin manifestarles su disgusto, porque habiéndole autorizado para contralibrar la mitad de los últimos giros, encontraba poco correcto hubiesen girado seguidamente la misma suma, ocasionándole con esto dos perjuicios por el quebranto de los giros, sin encontrar compensación, y que entendieran bien no les aceptaría ninguno á plazo corto ó largo, con autorización para contralibrar ni sin ella, pues en la forma en que quería montar el negocio le convenía más hacerles remesas pequeñas y á menudo, hasta nivelar la cuenta, que no verse en el caso de tener que reunir para día determinado una suma importante, lo cual muchas veces no era posible; en la de 24 de Junio, que el próximo domingo saldría para Barcelona su apoderado Reoyo, á quien mandaría los fondos que fuese recaudando,

para que él hiciera los pagos en aquella ciudad; y en la de 1.º de Agosto, haber recibido aviso del giro, á su cargo, de 14.000 reales, que atendería, y deducidos 57 por quebranto, quedaban 13.943, que les dejaba debitados:

Resultando que en el mencionado escrito con que se presentaron por parte de J. y J. Bertrand las cartas indicadas, pidió dicha parte se decretase con la mayor urgencia, de su cuenta y riesgo, sin exigir la fianza, embargo preventivo contra los bienes de D. Joaquín Escolá, domiciliado en esta corte, por la cantidad de 5.596 pesetas 45 céntimos, á cuyo fin se expidiera el oportuno exhorto; pretensión que estimó el ya mencionado Juez del distrito de la Universidad de Barcelona, librando, en su consecuencia, y entregando á aquella parte el exhorto correspondiente:

Resultando que á virtud de nuevo escrito, fecha 21 del mencionado mes de Octubre del año último, formulado por la propia parte de J. y J. Bertrand, ante el mismo Juzgado del distrito de la Universidad de Barcelona, ordenó éste en providencia de la citada fecha que se dirigiera exhorto al de turno de esta corte para la citación de D. Joaquín Escolá las veces en derecho necesarias, bajo los apercibimientos prevenidos por la ley, á fin de que, compareciendo á su presencia, reconociera, bajo juramento indecisorio, la legitimidad de las firmas puestas al pie de las cartas presentadas, que se acompañarían á aquél, y confesase la certeza de la deuda, así como también ser verdad que en la relación de acreedores del D. Joaquín Escolá, presentada bajo la firma del mismo al Juzgado, se reconocía á favor de la Sociedad J. y J. Bertrand un crédito de 74.172 pesetas 22 céntimos, cantidad que debía en efectivo el repetido Escolá á la expresada razon social:

Resultando que citado Escolá dos veces por el Juzgado del distrito del Oeste, á que correspondió el cumplimiento del exhorto de que últimamente se ha hecho mérito, presentó escrito solicitando que, con suspensión de dicho cumplimiento, teniendo como propuesta cuestión de competencia, por inhibitoria, declarase corresponderle el conocimiento de las actuaciones de que procedía aquél, mandando dirigir oficio al de la ciudad de Barcelona para su remisión, ó de lo contrario lo participase, á fin de acordar lo correspondiente: solicitud que apoyó en ser indudable que la casa J. y J. Bertrand, de Barcelona, al intentar el embargo preventivo contra Escolá y las demás diligencias preparatorias de demanda ejecutiva, lo efectuaba haciendo uso de acción personal para el cobro de determinados créditos provenientes de contratación mercantil y precio de mercaderías remitidas, el que, según lo convenido, cual se deducía de las cartas presentadas, se abonaría en giros de la casa Bernard, por medio de letras á cargo del adquirente, pagaderas en su propio domicilio; y en lo dispuesto en el art. 62, regla 1.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, y robustecido en reiteradas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras las de 10 de Noviembre de 1881, 14 de Diciembre del mismo año y 17 de Febrero de 1882:

Resultando que el Fiscal municipal opinó ser procedente el requerimiento, que acordó el Juzgado en auto de 25 de Noviembre último, bajo los fundamentos de que, solicitado el embargo preventivo, en el de la Universidad de Barcelona contra un comerciante de esta corte, en donde tenía sus bienes, no era posible, según lo dispuesto en la regla 12 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, que conociera aquél de dicha diligencia, por ser únicamente competentes para ello los de esta capital; y de que aun no siendo así, y no pretendiendo el demandante en vía ejecutiva la realización del pago del crédito de que se trataba, tampoco sería competente el Juzgado de Barcelona, sino los de Madrid, por deberse hacer tal pago en letras de cambio dirigidas á esta plaza, aceptadas y pagaderas en la misma por Escolá; y citó además el art. 62 en su núm. 1.º de la expresada ley de

Enjuiciamiento, y la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, en especial en la sentencia de 28 de Febrero de 1885:

Resultando que expedido el oficio inhibitorio, y habiendo sido repartidas las diligencias de su razón cuando aquél se recibió en Barcelona al Juzgado del distrito del Parque, se oyó por éste á la parte actora, que se opuso á la inhibición: en primer término, por intempestiva, pues las cuestiones de competencia sólo podían suscitarse en juicio ya promovido, no teniendo cabida en diligencias preliminares ó preparatorias sin carácter de tal juicio, como así lo decía el art. 73 de la ley Enjuiciamiento civil, declarándolo este Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Agosto de 1884; y en segundo término, por improcedente, aunque el juicio estuviese ya entablado, porque, según el art. 1500 del Código civil, el pago del precio en las ventas debe hacerse por el comprador, á falta de pacto expreso, en el lugar en que se verifique la entrega de la cosa vendida, y según el 1171 del propio Código, dicha entrega, no habiendo otro pacto expreso, debe hacerse en el lugar donde existía lo vendido en el momento de constituirse la obligación; y el domicilio de J. y J. Bertrand es en Barcelona, hallándose en la misma ciudad las mercaderías vendidas; sin existir pacto de que se hiciese su pago en esta corte, antes al contrario, demostraban varias de las cartas presentadas que refirió y ya mencionadas, que aquél había de tener lugar en Barcelona, y si bien J. y J. Bertrand hicieron algunos giros contra Escolá, cuando éste retardaba demasiado efectuar dicho pago, tales giros venían á demostrar también que había de realizarse en aquella ciudad, donde los negociaban, percibiendo su importe y siendo todos los gastos de la negociación de cargo de Escolá, como aparecía asimismo de las cartas que indica la propia parte, é igualmente quedan enunciadas, correspondiendo á aquel Juzgado, por todo ello; y la regla 1.ª del art. 62 de la citada ley de Enjuiciamiento, conocer de la demanda que en definitiva se proponía entablar la Sociedad J. y J. Bertrand, así como de las diligencias preparatorias de ella; lo que se exponía en cuanto á ésta, adelantando el razonamiento que en su día habría de formularse, sin que tuvieran los repetidos J. y J. Bertrand que ocuparse del embargo preventivo, puesto que el requerimiento de inhibición emanaba exclusivamente del exhorto sobre reconocimiento de firmas; y respecto al enunciado embargo, la cuestión de competencia en su caso debería suscitarse ante el Juzgado á que por reparto correspondiera el otro exhorto, aún no presentado para su diligenciamiento, y si se provocase se alegaría entonces ser enteramente gratuita la suposición de que se habían de embargar bienes sitos en Madrid, dado tener precisamente en Barcelona D. Joaquín Escolá créditos que se habían de embargar con preferencia:

Resultando que después de presentarse por J. y J. Bertrand un duplicado de cierta factura de remesa de géneros á Escolá, en el que aparece impreso ó litografiado remitirse de cuenta y riesgo del comitente, pagadera al contado en el domicilio de aquéllos en Barcelona, emitió dictamen el Ministerio fiscal, opinando en favor de la competencia del Juzgado del Parque, el cual la sostuvo por auto de 4 de Febrero del corriente año, y para ello consideró que en los contratos de ventas de mercancías se reputa como lugar del cumplimiento el de la entrega de los géneros vendidos, y residiendo J. y J. Bertrand en aquella ciudad, en ella debía verificarse el pago, como lo reconoció el mismo Escolá en las cartas producidas, al asegurar remitiría fondos para efectuarlo; que la forma de pago en letras de cambio ó en otra clase de giro no puede desvirtuar la naturaleza de la obligación contraída; que, según el art. 55 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Jueces y Tribunales competentes para conocer de un pleito, lo son también en las excepciones que en él se propongan y en todas las incidencias; por lo cual, y siéndolo aquel Juzgado en las reclama-

ciones que J. y J. Bertrand pudiesen deducir contra D. Joaquín Escolá por razón de la venta de mercancías hecha al último, era innegable serlo para entender en las diligencias de embargo preventivo y preparación del juicio, pues tenía que subordinarse la regla 12 del art. 63 á la disposición general sobre competencias, porque en otro caso se daría la anomalía de conocer de un mismo juicio dos distintos Jueces: uno en la incidencia del embargo preventivo y el otro en el pleito principal; y además sería inútil el precepto del párrafo tercero, núm. 2.° del art. 1400 de la propia ley; y que en el presente caso no se había promovido juicio por J. y J. Bertrand, puesto que no habían presentado demanda alguna, tratándose sólo del reconocimiento de firmas de unos documentos, después del cual podría ó no promoverse dicho juicio, y por lo tanto, mientras esto no ocurriese, era improcedente la cuestión jurisdiccional suscitada, conforme á lo declarado por este Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Abril de 1890:

Resultando que á su vez el Juzgado del Oeste insistió en su inhibitoria en nuevo auto que dictó al efecto bajo los fundamentos de que el claro precepto de las reglas 12 y siguientes del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, establecía verdadera competencia para conocer de los asuntos de su razón en el Juez en aquéllos determinado, circunstancia que por sí sola modifica sustancialmente lo dispuesto en el 73, y de que de dar distinta interpretación y alcance á las reglas anteriormente citadas, serían baldías é ilusorias si el que tuviera derecho á oponerse á ser oído no pudiera promover la competencia para que conozca del auto el Juez designado por la misma ley:

Resultando que en su virtud cada uno de los predichos Juzgados ha elevado á este Tribunal Supremo sus actuaciones; y se ha dado al incidente la debida tramitación, con audiencia del Ministerio fiscal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que sólo pueden suscitarse cuestiones de competencia en pleitos ya promovidos y en que se haya ejercitado una acción sobre la cual verse la contienda jurisdiccional, como se deduce del art. 73 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, sólo podrán ser propuestas la inhibitoria y la declinatoria por los que sean citados ante el Juez incompetente ó puedan ser parte en el juicio promovido:

Considerando que en el presente caso no se ha promovido juicio por la Sociedad J. y J. Bertrand, puesto que no ha presentado demanda alguna, tratándose únicamente de que D. Joaquín Escolá y Fonollá reconozca las firmas de ciertas cartas y absuelva una posición al objeto de un embargo preventivo, después de lo cual podrá promover ó no el correspondiente juicio, y por lo tanto, mientras no llegue este caso, es improcedente la cuestión jurisdiccional suscitada por el D. Joaquín Escolá y Fonollá con su inhibitoria;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á resolver en esta competencia por falta de materia; y devuélvanse las actuaciones á los respectivos Juzgados con la certificación correspondiente, siendo de cuenta de las partes las costas ocasionadas.—(Sentencia publicada el 15 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Julio del mismo año.)

182

RECURSO DE CASACIÓN (15 de Junio de 1891).— Sala primera.—*Reivindicación.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Juan Mendoza en pleito con la Duquesa viuda de Pastrana (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no hace declaración alguna de derechos ni impide el curso libre y desembarazado del pleito en su día, y por tanto, carece del carácter de definitivo exigido en los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que pueda dar lugar al recurso de casación, el auto que sólo resuelve se suspenda la expedición de un exhorto que tiene por objeto la anotación de la demanda, mientras se halle también en suspenso la tramitación de los autos principales hasta que recaiga decisión definitiva en el incidente de pobreza promovido por el demandante.

Resultando que promovida demanda por D. Juan de Mendoza y otros contra la Duquesa viuda de Pastrana y consortes sobre reivindicación de bienes, y pedida la anotación en los de que se trataba, solicitó la representación de una de las partes demandadas la suspensión de los autos mientras se tramitaba la demanda de pobreza promovida por la demandante, y que sustanciado el incidente en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, por auto de 5 de Marzo último, declaró que mientras no se decidiera ejecutoriamente el incidente de pobreza de D. Juan de Mendoza y litissocios, no podía librarse el exhorto para la anotación preventiva de la demanda acordada en providencia de 19 de Octubre de 1889; exhorto que si hubiese sido entregado á la parte demandante, fuera devuelto, y una vez terminado dicho incidente de pobreza, se acordase por el Juzgado acerca de la reposición pedida de la providencia citada:

Resultando que D. Juan de Mendoza y consortes han interpuesto contra éste recurso de casación, citando las disposiciones legales á su juicio infringidas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que el auto recurrido sólo resuelve se suspenda la expedición de un exhorto que tiene por objeto la anotación de la demanda, mientras se halle también en suspenso la tramitación de los autos principales, hasta que recaiga decisión definitiva en el incidente de pobreza promovido por el demandante:

Considerando, por tanto, que el referido auto, que no hace declaración alguna de derecho ni impide el curso libre y desembarazado del pleito en su día, carece del carácter de definitivo, exigido en los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que pueda dar lugar al recurso de casación;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Juan de Mendoza y consortes, á quienes se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley. — (Auto fecha 15 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

183

Recurso de casación (16 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Celestino Teixidó en pleito con D. Tomás Alexander (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que aun cuando sin restricción alguna fuesen aplicables al pleito sobre pago de obras y honorarios, no habrían sido infringidas las leyes 1.ª y 18, título 35, libro 4.º del Código de Justiniano, el párrafo cuarto de la 27, tít. 1.º, libro 17 del Digesto, y la 20, tít. 12, Partida 5.ª, si la Sala sentenciadora reconoce y sanciona con su fallo el derecho del demandante para ser reintegrado de las cantidades justamente invertidas por el mismo al desempeñar el

encargo que recibió del demandado, y al fijar su importe, separándose de la cuenta formulada por el propio demandante, tan sólo ha resuelto una cuestión de hecho planteada en el litigio oportunamente á virtud de la impugnación del demandado; resolución que ha quedado firme por no haberse utilizado contra ella el recurso autorizado por el núm. 7.º del art. 1682 de la ley de Enjuiciamiento civil, que era el adecuado para combatirla, dado que para ello hubiera justo motivo.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, por D. Celestino Teixidó y Jubés, Maestro de obras, vecino de dicha ciudad, con D. Tomás Alexander y Gastón, Ingeniero y propietario, de la misma vecindad, sobre pago de pesetas; pleito pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, dirigido y representado por el Licenciado D. Francisco Pí y Margall, y el Procurador D. Luis Figuerola, habiéndolo estado el recurrido por el Letrado D. Ramón Vinader y el Procurador D. Pablo Soler:

Resultando que exigida confesión á D. Tomás Alexander por D. Celestino Teixidó en diligencias preparatorias de la vía ejecutiva, declaró Alexander que Teixidó le propuso ejecutar las obras de la casa paseo de Gracia, números 123 y 125, de Barcelona, porque tenía buenos operarios y procuraría llevar los trabajos con la mayor economía; contrato verbal único realizado con Teixidó, quien le había presentado una porción de facturas, ignorando si estaban arregladas á precios equitativos, y hacía constar que entregaba dinero á Teixidó á medida que se le pedía; que no estaba conforme con las cuentas presentadas por dicho Teixidó, y no recordaba las cantidades que le tenía entregadas, pero no le debía 20.320 pesetas y 30 céntimos, y si bien Teixidó le entregó una cuenta, no podía decir si era copia de la que se le ponía de manifiesto:

Resultando que en vista de la enunciada declaración, D. Celestino Teixidó dedujo el 22 de Abril de 1887 demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando se condenara á D. Tomás Alexander á pagarle el importe de lo que tenía adelantado ó pagado por razón de las obras ejecutadas en la expresada casa del paseo de Gracia, junto con los honorarios ó derechos devengados, importante todo, salvo error ú omisión, 102.070 pesetas 30 céntimos, según constaba de la misma demanda y de la cuenta y justificantes entregados al demandado, con abono á éste de lo que hubiera entregado al actor y resultaría de los recibos del mismo, obrantes en poder de dicho demandado, con más los intereses del 6 por 100 anual, desde la contestación á la demanda, de la cantidad líquida que resultara deber Alexander, y en las costas; ejercitando para ello la acción nacida del contrato de mandato y las demás derivadas de las alegaciones que consignó, siendo éstas sustancialmente: que Alexander le encargó á mediados de Marzo de 1885 efectuara obras de alguna importancia en su casa del paseo de Gracia, números 123 y 125, con las que se variaban las condiciones de ella, poco aceptables para aquél; y por la naturaleza y carácter de dichas obras, que motivaban el derribo de parte de lo existente, aprovechando lo demás, no se extendió contrato, escritura ó ajuste por un tanto alzado, sino que se efectuaron por administración, de cuenta, cargo y utilidad del propietario, como lo indicaba el no haberse formalizado ajuste, según lo tenía confesado Alexander al absolver posiciones; lo evidenciaban los hechos asimismo confesados por aquél, de que Teixidó le entregó los recibos comprobantes y facturas detalladas y el resumen de los pagos á los operarios, entregándole á su vez Alexander dinero á Teixidó á medida que éste lo pedía para atender á las obras; y lo patentizaba, por

último, el que Alexander contrató por sí propio con algunos artesanos determinadas obras, luego ejecutadas bajo la dirección y administración de Teixidó; que la naturaleza de las indicadas obras de modificación, en gran parte, de un edificio de importancia, las indicaciones del propietario, atendidas por el director, y el tener aquél caudal suficiente, produjeron, como sucedía siempre en tales casos, un coste algo mayor de lo que se figuró ó calculó Alexander; pero esto no podía ser reparo á que abonara al director de las obras los pagos hechos por cuenta y utilidad de aquél; que entregadas hacía más de un año las facturas de los que intervinieron en la obra, juntamente con la cuenta resumen, y á pesar de las reclamaciones de Teixidó, Alexander ni había opuesto reparo ni había pactado, por lo que el demandante había recogido recibos duplicados de los pagos hechos, aunque designaba las primeras facturas que había confesado Alexander tener en su poder, con la cuenta resumen; que estaba conforme en abonar lo que de Alexander había percibido, según recibos obrantes en poder de éste, siendo el total de lo pagado por cuenta del mismo 102.070 pesetas 30 céntimos, según las partidas que detalló, figurando entre ellas 2.564 pesetas al marmolista Fraugi hermanos, por dos cuentas; 1.250 entregadas á dos personas, de orden de Alexander, y 5.466 por dirección, planos, permisos y detalles; sin existir recibos de estas dos últimas partidas y de las dos que las precedían por no haber cobrado Teixidó la referente á sus derechos y no habérsele librado los de las otras tres; debiéndole, de consiguiente, Alexander las 102.070 pesetas 30 céntimos, si bien siendole de abono los pagos legítimos hechos durante las obras, de los cuales tenía recibos; y que citado aquél á conciliación, había contestado no estar conforme con la cantidad reclamada, sin impugnar empero partida ó factura algnna, según se desprendía de la certificación acompañada:

Resultando qne D. Tomás Alexander impugnó la demanda, oponiendo las excepciones de falta de acción y derecho, pacto y plus petición, y formuló reconvención, ejercitando la *conditio indebiti*, la acción de mandato y todas las demás correspondientes, para lo cual en lo esencial expuso: que, efectivamente, después de adquirir por mediación de Teixidó la casa, le confirió la ejecución de varias obras de reforma interior y exterior de la misma, que fué proyectando é indicando, en su calidad de Maestro de obras, el mismo Teixidó, quien se encargó de dicha ejecución en la forma vulgarmente llamada de contrata, ó sea corriendo de su cuenta la elección de operarios y su pago y la adquisición de materiales, sin intervenir en todo ello Alexánder más que del modo indirecto que lo hacía siempre el propietario, ya se verificaran las obras por contrata, ó ya por administración; que las enunciadas obras se iban realizando según las circunstancias, en la medida y términos que lo exigían el parecer del facultativo y los deseos del dueño, pero esto no alteraba el carácter sustancial del contrato constituído por los tres elementos genéricos del mismo: elección de operarios por el contratista, pago directo por el propio contratista de jornales y materiales, y cobro de cantidades alzadas, independientes de la marcha detallada y sucesiva de las obras; siendo, en efecto, Teixidó quien mientras estuvo al frente de aquélla eligió bajo su exclusiva responsabilidad los industriales y los operarios, como corrió con la adquisición de materiales, acudiendo á los vendedores que le plugo, escogiendo en cantidad y calidad los que tuvo por conveniente, y verificando su pago á los tipos que creyó justos, unas veces con dinero que adelantaba Alexander, y otras con el suyo propio, expidiéndose á favor de Teixidó los recibos, lo cual comprobaban las cuentas todas saldadas, adjuntas á la demanda; que no hubo estipulación de un tanto alzado, por no poder calcularse de antemano el valor de las obras, dejándose para cuando estuviesen concluídas la liquidación definitiva, por lo que pudo Alexander contestar, como con-

testó al absolver las posiciones previas, y por ello también Teixidó le entregó, al cesar su intervención en las repetidas obras, varias facturas con sus recibos, para que se cumpliese el pacto primitivo de pagar Alexander lo que real y justamente valieran, lo que no podía suceder en las ajustadas por administración; que sin ser su ánimo discutir la exactitud de las partidas parciales ni tener necesidad de hacerlo, no estaba conforme con que las obras valieran lo que Teixidó suponía, y si el total fuera ese, lo dijeran los peritos y el Juez lo fallara, pagaría el saldo á Teixidó, ó menos si aquél fuera menor, y si hubiera cobrado con exceso, tendría que abonarlo, á cuyo efecto formulaba reconvención; que aun dentro de la tesis de que el contrato fué el de mandato, se iba á parar al mismo resultado; pues si bien el mandatario tendría el derecho de percibir de su mandante lo que por él hubiera satisfecho, también tendrían que prestar la culpa y abonar los perjuicios que hubiere irrogado con una administración viciosa; que la resistencia de Alexander á dar por bueno el precio total en que Teixidó calculaba las obras, se justificaba por ser éstas el arreglo de los sótanos, con los lavaderos, habitación del portero y otras accesorias; habitación baja, cochera y otras en el jardín; galerías, excepto las columnas y vigas de hierro, restauración y reforma de los bajos, exceptuando los mosaicos del suelo, el baño y todas las pinturas; restauración y reforma de los cuatro pisos de la escalera, eliminando la barandilla, que costeó Alexander; restauración de las fachadas lateral y principal, y reforma del suelo del pasaje; reformas completadas luego por Alexander, costeando directamente, y entonces sí por administración y mediante recibos á su nombre, las pinturas y todo el soldado en mosaico del entresuelo, la pieza de baño, la verja del pasaje, las columnas y vigas de las galerías, las vigas de las cocheras, la verja de los jardines y la baranda de la escalera; bastando considerar lo relatado para comprender lo exorbitante del resumen del coste presentado por Teixidó, pues las reformas fueron meramente de detalle; no hubo para qué tocar á la cimentación ni á la caja general del edificio ó paredes maestras, y de seguro valdría más haber construído de planta, y andaría mal la propiedad urbana si la edificación costara proporcionalmente lo que Teixidó pretendía que costó la restauración y reforma; que Alexander no se había fiado sólo de su parecer, sino que hizo inspeccionar por el Maestro de obras D. Pedro Barsegado las ejecutadas, habiendo prestado el dictamen pericial adjunto, según el cual, aparte de otros ramos de que no se ocupaba por no tener todos los datos necesarios en albañilería, sillería, carpintería, pintura y papeles, resultaba un exceso de 21.773 pesetas en las facturas de Teixidó; que reclamaba como saldo 20.320 pesetas con 30 céntimos; hizo notar que la factura del marmolista presentada por Teixidó era de 2.564 pesetas, cuando la acompañada que éste le había entregado antes era de 2.440; rechazó una partida de 50 pesetas por administración de fondos, por no haber habido más que simples cobros á cuenta del total precio á liquidar: así como igualmente la de dirección y planos de las obras, lo cual dijo sería en todo caso excesivo, con arreglo á la Real orden de 31 de Mayo de 1858, sobre derechos arancelarios de los Arquitectos, que fijaba el 4 por 100, cuando el precio de las obras oscilaba entre 75.000 á 100.000 pesetas; y en este caso, salvo error, descontadas las 1.250 pesetas entregadas á dos personas por orden de Alexander, el total era de 95.554 pesetas y 30 céntimos, y su 4 por 100,3.822, y Teixidó reclamaba 4.500; que éste en la demanda se abstenía de consignar lo que había recibido, si bien rebajaba en tal concepto 81.750 pesetas, en lo que había error, según los recibos adjuntos, por haber sido 81.828 con 85 céntimos, á más de 5.000 entregadas al albañil, ya deducidas por el actor de la partida relativa á aquél; de todo lo cual resultaría reducida la cuenta de Teixidó, sin abandonar el demandado el

punto capital de la contestación, á 19.430 pesetas; y concluyó solicitando que se fallara en su día el pleito, fijando la cantidad que Teixidó había de abonarle, ó él á éste, teniendo en cuenta en su caso las rectificaciones é impugnaciones hechas, y dictando, en consecuencia, las condenas y absoluciones que procedieran, con imposición de costas en todo caso á Teixidó:

Resultando que corridos los traslados de réplica y dúplica, insistieron las partes en sus respectivas manifestaciones, ampliándolas é impugnando las formuladas de contrario, si bien la demandante convino en existir una pequeña equivocación respecto á la cantidad que abonaba á Alexander como satisfecha, aparte de las 5.000 pesetas que pagó al albañil, la que, en efecto, era de 81.828,85 céntimos; y en lo relativo á la cuenta del marmolista, sostuvo consistir la diferencia de más, observada por dicho Alexander, en haber practicado aquél otras obras después de la factura que el propio Alexander había presentado; extremo acerca del cual alegó éste ser dicha factura en que se fijaba lo debido al referido marmolista en 2.440 pesetas del mes de Junio de 1886, y de Febrero y Marzo de igual año, las que á su vez había presentado Teixidó, ascendentes á 2.564:

Resultando que practicada prueba por ambos litigantes, á petición del demandado tuvo lugar la pericial, emitiendo dictamen tres Arquitectos, que fueron también examinados acerca de ciertos extremos articulados por el demandante Teixidó, expresando aquéllos, entre otros particulares, después de practicar el oportuno reconocimiento con asistencia de las partes, y teniendo en cuenta los méritos de autos, que la índole especial de las obras de que se trataba, el no estar conformes dichas partes con ciertos detalles, el no recordar otros, el tiempo transcurrido y el haber quedado ocultas algunas de las enunciadas obras, hacía se pudiera obtener sólo un valor aproximado, pero no el matemático; siendo aquél, con inclusión de las partidas referentes á honorarios, dirección y administración, así como también de la de 1.250 pesetas que se decían entregadas de orden de Alexander á dos personas, el de 93:993; que no existiendo tanto alzado, ni precios unitarios ni ninguna otra condición que sujetase la marcha del trabajo ó normalizara la conducta del constructor, había de convenirse en no ejecutarse la obra por contrata y sí por administración, como era lo general en las de reforma: no teniendo idea fija del definitivo plazo, ni pudiendo por ello saberse aproximadamente el valor que arrojaría, y mucho más si el propietario escogía directamente y ajustaba efectos y materiales; y que si bien la suma en que habían valorado las obras de que se trataba era en absoluto muy diversa de la fijada por Teixidó, no lo era tanto relativamente atendidas la importancia de aquéllas y la dificultad de su recuenta ó apreciación:

Resultando que en los escritos de conclusiones insistieron demandante y demandado en las solicitudes deducidas, fijando aquél en 20.241 pesetas 15 céntimos la cantidad principal que debía abonarle Alexander, y éste en 7.164 igualmente con 15 céntimos el saldo en contra suya que había de satisfacer á Teixidó, cantidad que puso á disposición del mismo; y continuada la tramitación del juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 29 de Abril del año último sentencia revocatoria, condenando á D. Tomás Alexander á que dentro de diez días pagara á D. Celestino Teixidó la cantidad de 7.164 pesetas 15 céntimos, con los intereses legales del 6 por 100 desde la contestación á la demanda, sin hacer especial condena de costas de primera ni de segunda instancia:

Resultando que D. Celestino Teixidó ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidas:

1.º La 1.ª, tít. 35, libro 4.º del Código de Justiniano, según la cual

cabe reclamar capital é intereses contra aquel cuyos negocios se administró por el dinero que en ellos se haya invertido, bien sea propio, bien ajeno:

2.º La 18 de los mismos título y Código, según la cual puede el mandatario reclamar juntamente capital é intereses por lo que pagó en pro del mandante:

3.º El párrafo cuarto de la 27, tít. 1.º, libro 17 del Digesto, según el cual los gastos hechos para el cumplimiento de un mandato, si de buena fe resultan hechos, debe el mandante pagarlos aunque hubiese podido gastar menos si hubiese obrado por sí mismo;

Y 4.º La ley 20, tít. 12, Partida 5.ª, según la cual, si el mandatario alguna cosa pechare ó pagare ó despendiere en cumplir el mandamiento, tenudo es de gelo pechar aquel por cuyo mandato lo fizo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que ninguna de las leyes aducidas en apoyo del recurso han sido infringidas, aunque fueron aplicables sin restricción alguna al caso de este pleito, porque la Sala sentenciadora no tan sólo reconoce, sí que también sanciona con su fallo el derecho que asiste al demandante para ser reintegrado de las cantidades justamente invertidas por el mismo al desempeñar el encargo qne recibió del demandado; y porque al fijar su importe, separándose de la cuenta formulada por el propio demandante, tan sólo ha resuelto una cuestión de hecho planteada en el litigio oportunamente á virtud de la impugnación del demandado; resolución que ha quedado firme por no haberse utilizado contra ella el recurso autorizado por el núm. 7.º del art. 1682 de la ley de Enjuiciamiento civil, que era el adecuado para combatirla, dado que para ello hubiera justo motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Celestino Teixidó y Jubés, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 16 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

184

Recurso de casación (17 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Pago de soldadas y rescisión de venta.*—No ha lugar al interpuesto por Doña Antonia Yáñez en pleito con D. Pedro Antonio Nieto (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que la acción rescisoria del contrato de compraventa por causa de lesión en más de la mitad del justo precio, tan sólo puede ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes á la celebración del contrato, y no después, según lo previene la ley 2.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Que por tanto, lejos de infringirse dicha ley, ni la 56, tít. 5.º, Partida 5.ª, se aplican rectamente al desestimar por extemporánea la demanda deducida después de transcurrir con exceso dicho plazo, contado desde que se otorgó la venta de que se trata:

Que no infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, y el art. 359 de la de Enjuiciamiento civil, la sentencia que estima excepciones alegadas oportunamente por el demandado.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del partido del Ferrol y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por Doña Antonia Yáñez y

Rodríguez, dedicada á sus labores, vecina de la parroquia de San Bartolomé de Lourido, con D. Pedro Antonio Nieto y Fernández, Cura propio de dicha parroquia y de la de Santa María de Sequeiro, sobre pago de soldadas y rescisión de una venta; pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandante, dirigida y representada por el Licenciado D. Luis de los Ríos y el Procurador Don Francisco Quintín Fernández, no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo el demandado y recurrido:

Resultando que por escritura de 14 de Agosto de 1878, Doña Antonia Yáñez y Rodríguez vendió á D. Pedro A. Nieto y Fernández, en precio de 2.000 pesetas, una casa sita en el lugar de Costa, y ocho fincas rústicas que en aquélla se describieron y deslindaron:

Resultando que en 26 de Septiembre de 1888 Doña Antonia Yáñez dedujo demanda, solicitando se condenara á D. Pedro A. Nieto á que la pagara los salarios devengados durante diez años que estuvo á su servicio, á razón de 10 pesetas mensuales, ó lo que regularan peritos, tomando en cuenta las costumbres de la localidad, así como el interés legal de un 3 por 100 desde la interpelación judicial, y también se declare rescindida la venta de 14 de Agosto de 1878, previa devolución del precio que la demandante ofrecía consignar ó entregar para cuando así se resolviera; todo con imposición de costas al demandado, á cuyo efecto alegó que estuvo durante diez años al servicio del D. Pedro A. Nieto para el gobierno de la casa y demás asistencias correspondientes á una criada doméstica hasta fines de Mayo de 1887, sin que la hubiese satisfecho cantidad alguna en concepto de salarios ó soldadas por tal servicio, y que por la citada escritura vendió al D. Pedro las fincas en ella expresadas en precio de 2.000 pesetas, mucho menos de la mitad del justo, resultando para ella una verdadera lesión enormísima, por lo cual, al dejar la casa del D. Pedro, significó á éste su natural disgusto, y el inmenso perjuicio que le había causado, pudiendo alcanzar entonces la promesa formal hecha por el D. Pedro ante testigos, de que dejaría sin efecto la compraventa tan pronto como la demandante le devolviese las 2.000 pesetas, sin haber podido conseguir, á pesar de ello, la rescisión:

Resultando que D. Pedro A. Nieto pidió se le absolviera de dicha demanda, con imposición de costas á la actora, exponiendo: que ni durante diez años ni en ningún tiempo había estado Antonia Yáñez al servicio doméstico suyo, ni se había dedicado al gobierno de su casa, pues para esto tenía él en su compañía una hermana, ni aquélla le había prestado otras asistencias correspondientes á una sirvienta, para cuyas atenciones había tenido y tenía otros criados á su servicio; y lo cierto era que á instancia de la Antonia Yáñez, y á pesar del carácter díscolo de la misma, movido por un sentimiento de lástima, á causa de su avanzada edad, le dió albergue, alimentándola, vistiéndola, cuidándola y asistiéndola como á los demás familiares de su casa, sin imponerle, en cambio, ninguna clase de obligaciones, y autorizándola, por el contrario, para que hiciere lo que mejor le conviniera, habiéndose marchado en diferentes ocasiones, permaneciendo fuera de la casa durante semanas enteras, y definitivamente, en 31 de Mayo de 1887, en que se llevó los muebles y demás efectos de su pertenencia, declarando al propio tiempo ante tres testigos, como se consignó en el adjunto documento simple suscrito por aquéllos, que nada se quedaban adeudando ambos y se daban por pagados en todos conceptos, sin poder el uno al otro reclamar cosa alguna; siendo también incierto hubiere lesión en la compraventa á que se refería la escritura de 1878, pues compró en el justo precio, limitándose á aceptar las proposiciones de la vendedora, así como igualmente era incierto que hiciera á la misma promesa de que dejaría sin efecto la venta tan luego le devolviera dicho pre-

cio, y que aun en el supuesto de haber mediado lesión en el citado contrato de compraventa, la acción de la vendedora habría prescrito á los cuatro años de verificado aquél:

Resultando que las partes replicaron y duplicaron, insistiendo en sus alegaciones é impugnando la demandante el documento simple presentado por el demandado, al que dijo no prestar asentimiento, y abierto el período de pruebas, se practicaron las propuestas por ambos ligantes, entre las cuales, á instancia de la actora, tres peritos, uno de ellos maestro de obras y los otros dos carpinteros y contratistas de construcciones civiles, fijaron el valor de la casa de Costa, en la época de la venta, en 2.990 pesetas; y otros tres peritos agrimensores en 4.611 pesetas el de las fincas rústicas, manifestando estos últimos deducir del reconocimiento practicado no haberse introducido en las mismas mejora ninguna:

Resultando que seguido el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña dictó en 7 de Noviembre del año próximo pasado sentencia confirmatoria con las costas de la apelación á Doña Antonia Yáñez, absolviendo á D. Pedro Nieto de la demanda, sin hacer especial condena de costas de la primera instancia:

Resultando que Doña Antonia Yáñez y Rodríguez ha interpuesto recurso de casación, como autorizado en el número segundo del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

1.º Las leyes 56, tít. 5.º, Partida 5.ª y la 2.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que disponen que, reclamándolo el vendedor, se rescinda la venta que se hizo en menos de la mitad del justo precio, ó supla el comprador la cantidad necesaria hasta completar el valor que la cosa vendida tenía á la fecha de la venta, en cuanto se ha absuelto de la demanda al demandado, no obstante estimar probado la Sala sentenciadora que las fincas que se vendieron en 2.000, valían 7.601 pesetas:

2.º El art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que las sentencias deben ser precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes; en cuanto la Audiencia ha negado la rescisión de la venta por el tiempo transcurrido desde la misma, y por no haberse pedido alternativamente con dicha rescisión la nivelación del precio, excepciones ambas que no fueron deducidas por las partes:

3.º La ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, que dispone que las sentencias deben ser ajustadas á la manera *en que facen la demanda las partes*, no debiendo valer el juicio dado sobre cosa no probada en el pleito, en cuanto la Audiencia ha dado juicio sobre excepciones no alegadas en el litigio, y no se ha ajustado, por tanto, á la *manera* de pedir de las partes:

4.º La doctrina legal contenida en las sentencias de 11 y 23 de Febrero de 1867, 8 de Marzo de 1886, 30 de Marzo de 1889, 8 de Junio y 13 de Enero de 1860 y 17 de Marzo de 1879, de que, «en las sentencias no deben resolverse otras cuestiones que las propuestas por las partes», toda vez que la Sala sentenciadora, sin pedirlo nadie, resuelve acerca del tiempo transcurrido desde la venta y de la forma en que se había pedido la rescisión:

5.º La doctrina legal consignada en las sentencias de 8 de Febrero de 1869, 12 de Marzo de 1878 y 17 de Enero de 1887, de que, «no puede fundarse la absolución de la demanda en excepciones que no han sido propuestas por el demandado»; doctrina desconocida por el Tribunal sentenciador al absolver al demandado por las referidas excepciones, no alegadas por él;

Y 6.º La doctrina consignada en sentencia de 20 de Octubre de 1880, de que, «la petición de la rescisión de un contrato de venta por causa de

lesión, envuelve legalmente la alternativa de completar el precio ó devolver la cosa comprada»; pues la Sala sentenciadora declara no haber lugar á la rescisión de la venta, por no haberse hecho expresamente la referida pretensión alternativa.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que la acción rescisoria del contrato de compraventa por causa de lesión en más de la mitad del justo precio, tan sólo puede ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes á la celebración del contrato, y no después, según lo previene la ley 2.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y por tanto, lejos de infringirse dicha ley, ni tampoco la 56, tít. 5.º, Partida 5.ª, invocadas en apoyo del primer motivo del recurso, aplícanse rectamente al desestimar por extemporánea la demanda deducida por Doña Antonia Yáñez después de haber transcurrido con exceso dicho plazo, contado desde que otorgó la venta de que se trata:

Considerando que habiéndose alegado oportunamente por el demandado la excepción de prescripción de la acción rescisoria, toda vez que la opuso al contestar la demanda, evidente es que no han podido cometerse las infracciones que, bajo la hipótesis contraria, se atribuyen á la sentencia recurrida en los motivos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del recurso:

Considerando que desechado el recurso por los anteriores fundamentos, carece de interés el motivo 6.º, porque aun estimada la doctrina que en el mismo se invoca, no daría lugar á la casación de la sentencia recurrida;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Antonia Yáñez y Rodríguez, á la que condenamos al pago por razón de depósito, si viniere á mejor fortuna, de la cantidad de 1 000 pesetas, que se distribuirán con arreglo á la ley, sin hacer declaración respecto á costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y pieza de autos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Agosto del mismo año.)

185

Recurso de casación (18 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Declaración de preferente parentesco y derecho á bienes de abintestato.*—No ha lugar al interpuesto por D. R... y otros en pleito con Doña J. de P... y otros (Audiencia de...), y se resuelve:

Que con arreglo á la ley 11 de Toro, que es la 1.ª, tít. 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, para que el hijo se repute natural, basta que sea habido de padres que al tiempo de la concepción ó del parto pudieran casarse justamente, sin dispensación, con tal que el padre lo reconozca por suyo:

Que la ley 12, tít. 13, Partida 6.ª, llama á la herencia intestada del hijo natural, en defecto de hijos, nietos, madre ó hermanos de éste, á los que son naturales nacidos del mismo padre que él como sus más cercanos parientes:

Que la Real licencia necesaria para casarse, con arreglo á la Pragmática de Carlos III de 23 de Marzo de 1776, hoy ley 9.ª, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, no constituye un impedimento dirimente ni impediente para contraer matrimonio, siendo tan sólo un requisito de otro orden, que sin empecer á la celebración de aquél, hace incurrir en responsabilidad al que lo contrae sin él.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Junio de 1891, en el juicio

declarativo de mayor cuantía, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del... de..., y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio de la misma, por D. R... V... M..., jornalero, Doña P... V... M..., dedicada á las labores de su sexo, y Doña L... M... y A..., asimismo dedicada á las labores de su sexo, todos de esta vecindad, con Doña J... de P... N..., Marquesa de S..., D. R... M... S..., como marido de Doña J... de P... y B..., Baronesa de O..., y Doña J... V... y A..., Marquesa viuda de B..., D. J... de P... V..., Marqués del mismo título, y Doña A... y Doña L..., en concepto la Doña J... de viuda de D. L..., legatario del quinto de los bienes dejados por éste y de hijos de ambos y herederos del D. L..., los tres últimamente mencionados propietarios, é igualmente de..., excepto la Doña J... de P... y N..., que lo es de V..., sobre que se declare á la demandante con preferente parentesco respecto á D. R... A... (ó de P...) y de la S... y de mejor derecho á los bienes quedados á su fallecimiento abintestato, condenando á los demandados á la entrega de dichos bienes con sus frutos; autos pendientes ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandantes, y en su defensa y representación los Letrados D. Santiago Arroyo y Zapatero y D. José García Goñi, éste en el acto de la vista, y el Procurador D. Miguel Urdiales, representando y defendiendo á su vez á la parte recurrida el Procurador D. Fernando Flores y el Licenciado D. José Vignote:

Resultando que en 9 de Marzo de 1805 fué bautizado en la iglesia parroquial de San... de..., un niño nacido el día anterior, hijo, según se expresa en la partida de su razón, autorizada por el Teniente Cura de dicha parroquia D. F... P... T..., de D. J... de P... y Ll..., y de Doña J... R. de la S..., á cuyo niño se pusieron los nombres de R... J... J...:

Resultando que D. J... de P... y Ll..., Marqués de S... de B..., Mariscal de Campo de los Ejércitos nacionales, falleció también en... el 26 de Abril de 1857, bajo disposición testamentaria otorgada el 22 de los propios mes y año, en la que, entre otras declaraciones, expresó haber contraído matrimonio con Doña M... N..., de la cual tenía dos hijos legítimos, llamados D. L... y Doña J..., y antes de efectuar dicho enlace tuvo con Doña A... del M... y C... un hijo natural, llamado D. E..., al que había reconocido en la forma conveniente, siendo su expresa voluntad legitimarle, para lo que había solicitado el correspondiente rescripto del Príncipe, y quería que si por cualquier causa no se obtuviera éste durante su vida, practicasen sus albaceas todas las diligencias precisas para que lo más antes posible se realizara aquella su inmediata resolución y voluntad:

Resultando que en la enunciada disposición testamentaria instituyó el D. J... de P... y Ll... únicos y universales herederos de todos sus bienes, títulos y derechos á sus tres mencionados hijos, D. L..., Doña J... y D. E..., y en la cláusula 15 de aquélla, dijo: «accediendo á las instancias y deseos que repetidamente me ha manifestado D. R... A..., declaro que le tengo por mi hijo, habido con Doña J... R. de la S..., y mando que por esta consideración, de los efectos públicos que se encuentren en mi testamentaría se le entreguen en el acto y en propiedad los que sean necesarios á producir una renta anual de 10.000, reales que quiero que disfrute con bendición de Dios y la mía; esperando qne en correspondencia á esta consideración respetará en todas sus partes esta mi última voluntad»:

Resultando que con motivo del indicado fallecimiento de D. J... de P... y Ll..., los albaceas del mismo formalizaron en 12 de Mayo del predicho año 1857, un inventario del métalico y efectos públicos pertenecientes á la testamentaría, al que prestaron su conformidad los tres hijos y herederos de aquél, Doña L..., D. J... y D. E... de P..., entre quienes se verificó la partición de todo ello, entregando previamente en aquel acto á D. R... A..., para formarle renta de 10.000 que á favor de éste dejó consignado el di-

funto en su testamento 333.334 reales en una factura de títulos del 3 por 100 interior, cuyos réditos anuales constituían la referida renta:

Resultando que según inscripción extendida en el libro de defunciones del Registro civil del Juzgado municipal del distrito de..., de..., el 8 de Enero de 1871 falleció en estado de soltero, D. R... de P... A... y la S..., el que se consigna en la misma inscripción, á virtud de las noticias adquiridas, era hijo legítimo de D. J... de P... y Ll... y de Doña J... R... la S..., ya difuntos, ignorándose si había otorgado testamento; y como quiera que acudiese al Juzgado de primera instancia del indicado distrito en 11 y 19 de los propios mes y año D. L... de P... y N..., Marqués de B..., Doña J... de P... y N..., Marquesa de San J..., y en su representación su marido Don E... M... y D. N... de A..., y su esposa Doña L... de B... y A..., ésta en concepto de madre y legítima administradora de los bienes de la menor Doña J... de P... B... de O... habida por Doña L... en su primer matrimonio con D. E... de P..., solicitando se le declarase heredero abintestato del D. R..., por iguales partes, como sus hermanos naturales, el Marqués de B... y la Marquesa de L... y su sobrina también natural, la Baronesa de O..., se incoaron autos que fueron repartidos posteriormente en el Juzgado del distrito del..., en el que se tramitó el abintestato con audiencia del Promotor fiscal, y de conformidad con lo propuesto por éste se hizo en 16 de Junio del mismo año la declaración de herederos en los indicados conceptos solicitados por aquéllos, sin perjuicio de otro con mejor derecho, y por iguales partes:

Resultando que contra la expresada Doña F... de P... y N..., Marquesa de S..., y los demás de que queda hecho mérito en el encabezamiento de esta sentencia, entablaron demanda en 12 de Enero de 1889 D. R... y Doña P... V... y M... y Doña L... M... A... ante dicho Juzgado del distrito del... de..., pretendiendo que con las costas se declarase tener los demandantes parentesco y derecho preferente á los bienes del intestado D. R..., que á juicio de aquéllos estaban poseyendo indebidamente los demandados; condenándoles á entregarlos en la parte que cada uno de ellos poseyera, con más los frutos y rentas producidos y debidos producir desde que sin razón ni derecho los reclamaron y les fueron entregados; pretensión que fundaron, aparte de lo no ateniente al recurso, en ser el D. R... y las Doña P... y Doña L... primos hermanos del D. R... por línea materna, según demostraban el árbol y partidas acompañadas,—así dicen, pero conforme á los indicados árbol y partida son primos segundos del repetido D. R...,—procediendo su parentesco del matrimonio legítimo de D. B... M... con Doña M... A... por la indicada línea materna, siempre cierta; en que D. D... P... y su esposa Doña M... de la S... siguieron con el Marqués de B... un pleito en el cual sostuvo aquél la conducta dudosa, que consiguió se declarase, de Doña J... R..., madre del D. R..., y no se explicaba después de ello hubiesen pretendido más tarde los descendientes del expresado Marqués ser parientes de la Doña R..., y en lo preceptuado en varios artículos que citaron de la ley de Enjuiciamiento civil, en la de 16 de Mayo de 1835, y en las demás concordantes con ella referentes al asunto:

Resultando que los demandados contestaron solicitando se les declarase con perfecto derecho á la posesión y propiedad de los bienes relictos al fallecimiento de D. R... de P..., conocido por A..., condenando á la parte actora á perpetuo silencio y en las costas, á cuyo efecto expusieron: que D. J... de P... Ll..., Marqués de A... y de B..., entabló en el año 1804 relaciones amorosas é íntimas con Doña J... R... de la S... y M..., ambos solteros, naciendo de ellos el niño bautizado en la parroquia de San... de..., con los nombres de R... J... J...; que Doña J... gestionó su matrimonio y consiguiente legitimación del expresado hijo; pero habiéndose negado el Marqués á ello, bien por tener contraído compromiso con otra joven de su po-

sición y alcurnia, bien por irreflexiones de su juvenil edad, aquélla rompió las relaciones con él á pesar de la solicitud y paternal cariño que dispensaba á su hijo D. R..., al que desde el primer momento atendió facilitándole holgados medios para su alimento y educación, y acudió á los Tribunales con diversas pretensiones á que se opuso el repetido Marqués, demandando alimentos y reconocimiento del D. R... ante el Juzgado especial de Artillería, y sosteniendo durante más de quince años constante litigio en que consiguió por dos sentencias conformes la condena del Marqués de A... y de B... á dar al menor 18 reales diarios de alimentos provisionales, elevados luego á 30 en juicio ordinario, seguido con posterioridad por sentencia del Consejo Supremo de la Guerra, que más tarde decidió, en otra de 3 de Diciembre de 1828, el pleito de filiación, declarando ser D. R... de A..., hijo natural del expresado Marqués y de la Doña R..., y condenando á aquél á alimentarle, sostenerle y educarle con arreglo á su rango, sentencia elevada á la Real aprobación, según lo entonces mandado, sin tenerse noticia recayera ésta; que D. J... de P... Ll... falleció bajo la disposición testamentaria ya referida, en que declaró tener por su hijo á D. R... A..., haciéndole el legado que también quedó expresado; y fallecidos igualmente Doña J... R... el 3 de Noviembre de 1856, y el D. R... A... en 8 de Enero del 71, sin testar ni dejar herederos legítimos, se hizo la declaración de tales asimismo referida con anterioridad, practicándose la división del caudal relicto y expidiéndose las correspondientes hijuelas á los interesados, quienes venían desde entonces en posesión de los expresados bienes; que los demandantes no podían ser parientes legítimos de D. R... de A..., pues éste fué hijo natural no legitimado, y no pudo tenerlos sino naturales, en cuyo sentido los más próximos eran los demandados como hermanos y no los demandantes; y que negaban en absoluto todos los hechos de la demanda en cuanto directa ó indirectamente se opusieran á los alegados en la contestación; é invocaron lo dispuesto en la ley 3.ª, tít. 13, Partida 6.ª, acerca de excluir en las herencias el pariente más próximo en grado al más remoto; en la 3.ª, tít. 6.º, Partida 4.ª, sobre la computación de los grados de parentesco; y en la 12, tít. 3.º, Partida 6.ª, según la que al hijo natural fallecido sin ascendientes ni descendientes le suceden: primero, los hermanos por parte de madre con exclusión de los paternos; en segundo término, á falta de aquéllos, los hermanos legítimos por parte de padre, y en tercero, los ilegítimos naturales, igualmente por parte de padre; y la doctrina consignada en sentencia de este Tribunal Supremo de 27 de Septiembre de 1867, según la cual, á falta de ascendientes y descendientes, debe entrar en la sucesión intestada la línea colateral con preferencia de los parientes más próximos á los más remotos:

Resultando que ambas partes en los escritos de réplica y dúplica insistieron en sus respectivas pretensiones y alegaciones, con ampliación de éstas; sosteniendo la actora no tener D. R... A... el concepto de hijo natural de D. J... de P... y Ll..., Marqués de B..., con arreglo á ley 11 de Toro, 1.ª, título 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y á la doctrina de este Tribunal Supremo en sentencia de 30 de Junio de 1865, porque aquél no le reconoció como tal, según lo hizo de su otro hijo D. E... en el testamento, ni le dejó la parte correspondiente de bienes sino una insignificante; y además no podía casarse con Doña J... R... de la S... sin dispensa, mediante tener contraído otro compromiso y necesitarle también Real, — adicionó dicha parte en el escrito de conclusiones,—como Grande de España, Caballero de una orden militar y Brigadier de Artillería; afirmando en contrario los demandados la expresada calidad del D. R... por existir el reconocimiento de su citado padre que pudo casarse sin dispensa con Doña J... R... de la S..., pues para admitir que la necesitase sería preciso se probara que al tiempo de la concepción y del nacimiento del D. R..., tenía contraídos

esponsales con otra, y en cuanto á la Real licencia, no dispensa, que debía pedir, para casarse, la omisión ó falta de ella, no fué jamás requisito esencial para la celebración del matrimonio ni impedimento canónico que necesitase dispensación, y sólo daba lugar á penas reglamentarias en que incurrían los que prescindiesen de aquel requisito; habiendo podido el D. R... renunciar á la porción de bienes de su padre á que tenía derecho:

Resultando que continuada la sustanciación del juicio en dos instancias, con trámite de prueba en ambas, sin que pudiesen traerse á los autos testimonios referentes á los pleitos de que habían hecho mención los litigantes, por no aparecer aquéllos en los archivos correspondientes, dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de..., en 9 de Mayo próximo pasado, sentencia confirmatoria con las costas de la segunda instancia, por la que se absuelve de la demanda á los con repetición referidos demandados y se declara preferente el derecho de éstos á la sucesión abistestato de Don R... de P... al de los reclamantes, sin expresa condena de costas de primera instancia:

Resultando que los tantas veces dichos demandantes D. R... y Doña P... V... y M... y Doña L... M... A... han interpuesto recurso de casación, fundado en infringir la parte dispositiva de la sentencia la ley 1.ª, tít. 5.°, libro 10 de la Novísima Recopilación (11 de Toro), y en relación con ella la doctrina consignada en infinitas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, las de 17 de Abril de 1864, 28 de Junio del mismo año, 18 de Marzo del 73 y 21 de Mayo del 77, así como las leyes 9.ª y 18, tít. 2.°, libro 10 de la citada Novísima Recopilación, y la Real orden de 16 de Marzo de 1875, dejando vigente la pragmática de 1776, en el concepto de no concurrir en D. R... A... las condiciones exigidas en esas disposiciones para ser tenido por hijo natural de D. J... de P..., y la sentencia recurrida le otorga este carácter; pues según la ley primeramente citada, le tienen aquellos cuyos padres al tiempo de la concepción ó del nacimiento puedan casarse sin dispensación, con tal que el padre los reconozca; y D. J... de P..., aun supuesto diera vida y engendrara á D. R... A..., no podía casarse con Doña J... R... S... libremente, por necesitar la dispensa Real como Grande de España, Caballero de Orden militar y Brigadier de Artillería, habiéndose además opuesto decididamente al reconocimiento del D. R... en el pleito ante la jurisdicción de Guerra, sin constar la ejecutoria recaída, por lo cual había de prescindirse de este dato, quedando solamente demostrada la intención y propósito del D. J..., quien más tarde otorgó su testamento, siendo las palabras de la cláusula referentes al particular harto significativas, toda vez no dejó de llamar al D. R... con su apellido A... ni manifestó su libre voluntad de reconocerle, ni le llamó hijo natural, cuando en la misma disposición daba tal calificativo á otra persona; faltando en su conciencia los dos requisitos que se completan para tal declaración, sin suplirse el reconocimiento con la partida de nacimiento, como decía el Juzgado y aceptó la Sala sentenciadora, puesto que ni el padre firmó aquel documento ni consta siquiera su presencia en el acto, condiciones sin las que no basta aquélla para probar la cualidad de hijo, según la doctrina contenida en las sentencias mencionadas, cayendo por su base la declaración de la recurrida, por no ser los hijos de D. J... de P... hermanos naturales de D. R..., y corresponder de consiguiente á los recurrentes, como parientes de éste por línea materna, según lo justificado en autos, con mejor derecho la declaración de herederos, y en su virtud los bienes del finado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Salvador Viada:

Considerando que con arreglo á la ley 11 de Toro, que es la 1.ª, tít. 5.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, para que el hijo se repute natural, basta que sea habido de padres que al tiempo de la concepción ó del parto

pudieran casarse justamente, sin dispensación, con tal que el padre lo reconozca por suyo:

Considerando que conviniendo los propios recurrentes en que D. R... de P... y L..., conocido por A..., fué hijo de D. J... de P... y Ll..., Marqués de B..., y de Doña J... R... L..., y habiéndose justificado que éstos le hubieron siendo solteros y sin que mediara entre los mismos impedimento legal de ninguna especie; y resultando además que en la cláusula 15 de su testamento lo reconoció D. J... de P... como hijo suyo, habido con dicha Doña J... R... L..., es obvio que al considerarle la Sala sentenciadora como hijo natural del Marqués, y al absolver á los demandados sus hermanos y sobrino naturales, que se hallan hoy en posesión de los bienes relictos por el mismo, de la demanda interpuesta por los recurrentes en concepto de primos por la línea materna del referido D... A... para que dimitan á su favor los expresados bienes, declarando que el derecho de los primeros á su herencia abintestato es preferente al de los segundos, se ha ajustado estrictamente á lo dispuesto por la ley 12, tít. 13 de la Partida 6.ª, que llama á la herencia intestada del hijo natural, en defecto de hijos, nietos, madre ó hermanos de parte de ésta, á los que son naturales nacidos del mismo padre que él como sus más cercanos parientes, y no ha infringido por lo tanto la referida ley de Toro ni la doctrina establecida en las sentencias de este Supremo Tribunal que se alegan como principal fundamento de este recurso:

Considerando que aun en el supuesto de que el Marqués de B... fuera Grande de España y Brigadier de Artillería cuando de Doña J... L... hubo á su precitado hijo R..., y que en tal concepto necesitara Real licencia para casarse con arreglo á la pragmática de Carlos III de 23 de Marzo de 1776, hoy ley 9.ª tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, es lo cierto que la falta de dicha Real licencia no constituye un impedimento ni dirimente ni impediente para contraer matrimonio, siendo tan sólo un requisito de otro orden que, sin empecer á la celebración de éste, hace incurrir en responsabilidad al que lo contrae sin él; por lo que es evidente que la Sala sentenciadora no ha podido infringir, y por lo tanto, no ha infringido la disposición legal antes citada, al considerar ella, no obstante, como hijo natural del Marqués de B... al referido D. R... de P... y L...;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. R... y Doña P... V... y M... y Doña L... M... y A..., á quienes condenamos en las costas y al pago, si vinieren á mejor fortuna, de la cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, la cual se distribuirá en dicho caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de... la certificación correspondiente, con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 18 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Agosto del mismo año.)

186

Recurso de casación (19 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Suspensión de procedimientos.*—Ha lugar al interpuesto por D. Clemente Alvarez en autos con D. Victoriano Fernández (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que no debe efectuarse en la vía de apremio sino en el juicio correspondiente el requerimiento de pago al depositario de fondos para la construcción de una obra pública, que á la vez lo sea de la cantidad mandada retener judicialmente al contratista, si en el pliego de condiciones de la obra se prohibe hacer entrega alguna á quien no se halle autorizado por el contratista ó á este

mismo en persona, aunque se libren despachos ó exhortos para su retención, pudiendo únicamente verificarse el embargo del residuo que quede después de hecha la última recepción de las obras y de la fianza:

Que no estimándolo así la Sala sentenciadora, infringe la ley 22, tít. 22, Partida 3.ª, porque el mandamiento de pago, sin proceder el emplazamiento nin sabiendo la verdad, non vale ni ha fuerza de juicio; *y sin esto no puede depurarse la responsabilidad contraída por el depositario judicial al entregar cantidades que contrarían los efectos de la retención.*

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Junio de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Oviedo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad, por D. Victoriano Fernández Suárez, y por su fallecimiento, su viuda y herederos, representados por el Procurador D. José María Aguirre y defendidos por el Letrado D. Luis Silvela y Casado, con D. Clemente Alvarez y García Bernardo, Procurador y vecino de la Pola de Labiana, y en su nombre el Procurador D. Máximo Elvira, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel Pedregal, y con Don José González Pravia, que no ha comparecido en este Tribunal Supremo, sobre suspensión de unos procedimientos:

Resultando que el Procurador D. Justo Fernández Rua, á nombre de D. Victoriano Fernández Suárez, promovió un juicio civil ordinario en el Juzgado de primera instancia de Oviedo contra D. José González Pravia sobre pago de pesetas é indemnización de perjuicios, y acordado en 16 de Noviembre de 1886 el embargo preventivo contra los bienes del deudor, se llevó á efecto en el siguiente día por señalamiento del Procurador del demandante en los sobrantes de un embargo hecho al mencionado Don José González Pravia por otro acreedor de lo que tenía que percibir por una situación correspondiente á obras ejecutadas en la cárcel fortaleza de Labiana; 1.000 pesetas poco más ó menos que había de percibir dicho D. José del Ayuntamiento de Labiana por la construcción de un muro; dos parejas de bueyes y una casa; y que requerido en 3 de Diciembre siguiente D. Clemente Alvarez, Depositario de la Junta de Obras, para que retuviese en su poder los referidos sobrantes, manifestó quedar enterado:

Resultando que ratificado el embargo preventivo y condenado después por sentencia firme D. José González Pravia á pagar al demandante la cantidad de 6.015 pesetas 50 céntimos é indemnizarle de los perjuicios que le hubiera causado con la demora, se procedió á instancia de los herederos de D. Victoriano Fernández á la ejecución de la sentencia, habiéndose enajenado la casa embargada, después de lo cual, quedó restando el demandado á los herederos del demandante 4.785 pesetas y 10 céntimos:

Resultando que requeridos á instancia de la parte actora el Alcalde y Depositario del Ayuntamiento de Labiana para que remitiera al Juzgado las 1.000 pesetas embargadas y retenidas á D. José González Pravia, así como también el Depositario de los fondos destinados á la construcción de la cárcel de Labiana D. Clemente Alvarez, para que remitiera el sobrante del embargo hecho á González Pravia por otro acreedor de lo que tenía que percibir por una situación correspondiente á obras ejecutadas en la citada cárcel, contestó D. Clemente Alvarez que no podía dar cumplimiento á la orden del Juzgado, porque por el art. 34 del pliego de condiciones de 11 de Junio de 1886, se prohibía hacer entrega alguna á persona que no se hallase autorizada por el contratista ó este mismo en persona, aunque se librasen despachos ó exhortos por cualquier Tribunal para su retención, y únicamente del residuo que quedase después de hecha la última recepción de las obras y de la fianza podría verificarse el

embargo, cuyo caso no había llegado, y que el Alcalde dió igual contestación, añadiendo además que el Ayuntamiento carecía de fondos; contestando en términos semejantes al nuevo requerimiento que se le hizo en 28 de Junio de 1889, en virtud de lo acordado por la Audiencia en cierta apelación que se interpuso:

Resultando que después de otros exhortos con análogo objeto, en los que se acordó que, en caso de no cumplir con lo mandado, se procediera contra los requeridos á lo que hubiese lugar, D. Clemente Alvarez y García Bernardo promovió incidente en escrito de 10 de Noviembre de dicho año 1889, en el que pidió que, sustanciándose con audiencia del ejecutante y del ejecutado y recibiéndose prueba, en su día se declarase que no estaba obligado á remitir al Juzgado cantidad procedente de los fondos destinados para la construcción de la cárcel de Labiana, hasta tanto que se practicara la retención en la forma prevenida en el art. 34 del pliego de condiciones generales para la construcción de obras públicas por conducto del Presidente de la Junta, y dejar sin efecto las órdenes de embargo y retención hasta entonces acordadas; acompañando una certificación de las condiciones del contrato que sirvió de base para la celebración de la subasta, en la que se dice que todos los casos no comprendidos expresamente en ellas se resolvieran con arreglo al Real decreto de 4 de Enero de 1883, incidente que se declaró por el Juez no haber lugar á sustanciarse, tanto por no hallarse comprendido en ninguno de los casos de la ley, cuanto porque el asunto litigioso tenía el carácter de cosa juzgada:

Resultando que requerido el Depositario á nueva providencia del Juez para que dentro de tercer día entregara la cantidad retenida en su poder ó embargada á instancia de los herederos de D. Victoriano Fernández, manifestó que no tenía fondo alguno por haberse abonado á su tiempo, conforme á los libramientos expedidos por el Juez como Presidente de la Junta, habiéndose presentado en efecto uno de fecha 6 de Octubre de 1886, firmado por el Juez de Labiana, como Presidente de la Junta, para que el Depositario D. Clemente Alvarez pagase de los fondos que obraban en su poder al contratista González Pravia la cantidad de 14.526 pesetas 16 céntimos, cuyo libramiento contiene el recibí de González Pravia:

Resultando que acordado por auto de 26 de Febrero y providencia de 1.º de Marzo de 1890 que se hiciera saber al Depositario que entregase la cantidad repetida, y que si no lo hiciese se procediera contra él por la vía de apremio, se le hizo el requerimiento y se practicó el embargo, con cuyo motivo acudió al Juzgado suplicando que se suspendiese todo procedimiento contra él, reservando á los ejecutantes los derechos que les asistieran para que lo ejercitaran en la forma que vieren convenirles, alegando para ello que los requerimientos se le habían hecho en concepto de Depositario de la Junta de Cárceles; pero que entonces se trataba de exigirle una responsabilidad personal inmediata y directa, obligándole al pago de una cantidad sin que hubiera precedido el correspondiente juicio, lo cual constituiría un despojo, infringiendo el principio de derecho, según el cual, nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, y que la cosa juzgada sólo perjudicaba á los que litigaban en el pleito; que aun cuando era cierto que nada contestó cuando le hicieron el primer requerimiento, tal omisión no le constituía en deudor ni responsable de la cantidad mandada retener, ni estaba obligado á ilustrar al acreedor ejecutante enterándole de la verdadera situación de las cosas; y que en los sucesivos había dicho repetidas veces que no podía retener cantidad alguna, y que las leyes que definían la responsabilidad del Depositario, suponían siempre un juicio previo en el cual se declarase aquélla:

Resultando que los herederos de D. Victoriano Fernández impugnaron esta pretensión, sosteniendo que era completamente inexacto que la situa-

ción embargada la hubiese hecho efectiva González Pravia en 6 de Octubre de 1886, y por más que el libramiento le hiciera figurar con dicha fecha, porque así le conviniera, no había cobrado el contratista la cantidad por que aquél se libró, como se demostraba con el embargo practicado en Noviembre de 1886, cuyo requerimiento firmó D. Clemente, quedando enterado de entregar á disposición del Juzgado la cantidad sobrante de dicha situación, después de satisfecho otro acreedor que con anterioridad había embargado, y que tampoco era cierto que el Depositario en los sucesivos requerimientos hubiese contestado haber satisfecho la cantidad á González Pravia:

Resultando que el Juez, por auto de 27 de Marzo de 1890, declaró no haber lugar á la suspensión del procedimiento y estar á lo acordado en el de 26 de Febrero anterior; y conforme con lo pretendido por el Procurador D. Justo Fernández Rúa, en el único otrosí de su escrito de 21 de Marzo, respecto á la oposición del desglose del documento, carta de pago ó libramiento que presentó D. Clemente Alvarez y á lo que éste se allanaba en su último escrito, quedase unida dicha carta de pago á los autos, no habiendo lugar por entonces á expedir exhorto alguno al Juzgado de La Bañeza:

Resultando que interpuesta apelación de este auto por D. Clemente Alvarez, y admitida en ambos efectos, después de haberlo sido en uno por haber prestado el apelante la oportuna fianza, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, por auto de 29 de Octubre de dicho año 1890, confirmó el apelado, condenando á D. Clemente Alvarez al pago de las costas de la instancia, y á indemnizar á la parte apelada con la suma de 100 pesetas en que se fijaba el importe de los daños y perjuicios que se le originaron, con reserva á Alvarez de la acción que pudiera corresponderle contra D. José González Pravia, la cual debía ejercitar, en su caso, en la forma y juicio que procediera:

Resultando que D. Clemente Alvarez y García Bernardo ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º El art. 34 del Real decreto de 11 de Junio de 1886, que establece que las cantidades destinadas al pago de obras púbicas no son propiedad del contratista de ellas, ni están sujetas al pago de sus obligaciones particulares, sino después de cubiertas las atenciones del contrato mismo; disposición legal que, aunque dictada para regular las subastas y contratos de la Administración general del Estado, eran también aplicables á las subastas y contratos que celebrasen las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos, según dispone en su art. 38 el Real decreto de 4 de Enero de 1883; habiendo infringido la ley en el caso actual por adelantado, pues se había distribuído indebidamente la cantidad depositada por una sola situación de obras ejecutadas, sin esperar á que éstas se terminasen y ver entonces si había ó no sobrantes para pagar la deuda que se reclamaba:

2.º La ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, al negar validez y eficacia al libramiento presentado, que tenía todos los caracteres de un documento público, pues el libramiento era de fecha anterior al embargo, y por consiguiente, cuando decretó éste el Juzgado, ya tenía González Pravia á su disposición, y se le había entregado, el total importe de la cantidad por el Depositario de los fondos de la cárcel; no habiendo, por tanto, términos hábiles de cumplimentar el exhorto que se dirigía al Juzgado de Labiana, aun en el supuesto de que fuera procedente el embargo;

Y 3.º La ley 22, tít. 22, Partida 3.ª, al mandar que D. Clemente Alvarez pague una cantidad sin ser antes oído y vencido en juicio, pues tal mandamiento como éste, dice la ley expresada, no vale ni tiene fuerza de juicio, no emplazándole primeramente, ni sabiendo la verdad, porque eran dos cuestiones completamente distintas las que el auto recurrido confundía y

decidía, la originada por la reclamación de D. Victoriano Fernández, que tenía su última manifestación en el embargo que se mandó practicar sobre las cantidades que correspondían al contratista González Pravia, y la que se refería á la supuesta responsabilidad del Depositario de la Junta de Obras, que debía ventilarse, no como englobada, ni siquiera como incidencia de la cuestión anterior, sino en un juicio separado y con arreglo á los trámites que establecía la ley.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que el requerimiento de pago hecho á D. Clemente Alvarez, Depositario de la cantidad mandada retener á D. José González Pravia, contratista de las obras de la cárcel de Labiana, no ha debido efectuarse atendidas las alegaciones del Alvarez en la vía de apremio, y sí en el juicio correspondiente, y en este concepto, al acordar la Sala dicho requerimiento en auto de 29 de Octubre de 1890, confirmando los de 27 de Marzo y 26 de Febrero, infringe la ley 22, tít. 22, Partida 3.ª, citada en el motivo 3.º, *porque el mandamiento de pago, sin proceder el emplazamiento nin sabiendo la verdad, non vale ni ha fuerza de juicio,* y sin éste, no puede depurarse la responsabilidad contraída por el Depositario judicial al entregar cantidades que contrarían los efectos de la retención;

Y considerando que, casada la sentencia por la razón antes mencionada, no hay necesidad de discutir los demás motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Clemente Alvarez y García Bernardo, y en su consecuencia casamos y anulamos el auto que en 29 de Octubre de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, y devuélvase al recurrente el depósito constituído.—(Sentencia publicada el 19 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Agosto del mismo año.)

187

RECURSO DE CASACIÓN (19 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Tercería de dominio.*—No ha lugar al interpuesto por la Sociedad El Fénix de Aguas Potables en pleito con D. Francisco Domingo y Blanch y otro (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que si al adquirir el promovedor de una demanda de tercería de dominio la finca á que ésta se refiere, ya el vendedor había impuesto sobre la misma, para garantir el crédito de un tercero, hipoteca expresa y registrada en forma, es indudable que su adquisición venía subordinada á tan especial gravamen y que puede el acreedor exigir que sobre dicho inmueble se haga efectivo su crédito, cualesquiera que fueran los términos en que se hubiera redactado el contrato por cuya virtud viniera el tercerista á suceder al vendedor:

Que, por lo expuesto, la sentencia que no da lugar á la mencionada tercería, no infringe la regla 13, tít. 34, Partida 7.ª, ni las doctrinas relativas á la interpretación de los contratos:

Que la acción ejecutiva dimanada de un crédito hipotecario, tiene el carácter de mixta y por principal objeto el que aquel á quien asiste pueda perseguir la cosa hasta conseguir su pago:

Que siendo el tercerista sucesor y continuador del negocio que tenía planteado el ejecutado, por consecuencia de los contratos en que aquél adquirió de éste el citado inmueble con todos sus derechos, y con ellos la mencionada obligación hipotecaria, no puede ostentar el carácter de tercero al efecto de los artículos 127, 128 y 133 de la ley Hipotecaria:

Que carece de oportunidad en la discusión de una demanda de tercería de

dominio el impugnar la virtualidad del título que sirvió de base y quedó ya apreciada en la ejecución.

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Junio de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad, por D. Francisco Domingo y Blanch, propietario, de aquella vecindad, representado por el Procurador D. Pablo Soler y Soler y defendido por el Licenciado D. Modesto Lloréns, con D. Felipe Bertrán de Amat, Abogado y propietario, vecino del pueblo de San Gervasio de Cassolas, en la calidad de Presidente de la Asociación de copartícipes, denominada El Fénix de Aguas Potables, y en su nombre el Procurador D. Angel Calvo, bajo la dirección del Doctor D. Luis Silvela, y con la razón social Grappín, Calvet y Arce, que no se ha personado en el juicio, sobre tercería de dominio:

Resultando, por conformidad de las partes, que D. Francisco Luis de Gustini Grappín, D. Juan Calvet y D. José María de Arce, por escritura de 19 de Julio de 1876 se reunieron en Sociedad colectiva, bajo la razón de Grappín, Calvet y Arce, para la elevación y explotación de un caudal de aguas existente en el subsuelo de un inmueble de su propiedad, sito en el ensanche de Barcelona, y señalado con el núm. 23 de la calle de Argüelles; escritura que fué incrita en el Registro de la propiedad en 19 de Julio de 1876:

Resultando que para la solución de las diferencias ocurridas entre la indicada razón social y D. Francisco Ottani, otorgaron escritura de transacción en 21 de Diciembre de 1876, representada dicha razón social por D. José María de Arce, Director y Administrador de la misma, por la que D. Francisco Ottani transfirió á favor de ella todos los derechos y acciones que le correspondían sobre todas las pertenencias de dicha Sociedad, declarándose completamente apartado de la misma, prometiendo pagar á Ottani como precio de dicha renuncia y cesión 75.000 pesetas, de las cuales le entregaron en el acto 7.500, satisfaciéndole las restantes 67.500 en el término de treinta y seis meses, sin que devengara interés, en los plazos y partidas siguientes: 2.500 de una parte y 5.000 de otra, dentro del término de seis meses; 5.000 en el de nueve; 5.000 en el de doce y 5.000 en el de quince; 10.000 en el de dieciocho; 500 en el de veintiuno; 5.000 en el de veinticuatro y 5.000 en el de veintisiete; otras 10.000 en el de treinta; 5.000 en el de treinta y tres y las restantes 5.000 en el de treinta y seis; y á fin de que Ottani pudiese realizar dichas partidas antes de sus respectivos vencimientos, D. José María de Arce firmó á su favor, con el nombre de Grappín, Calvet y Arce, 12 distintos pagarés del importe y vencimiento respectivos, concebidos en los siguientes términos: «Pagaremos á la orden de D. Francisco Ottani por todo el día y en metálico la cantidad de... pesetas, que es parte de la que esta Sociedad le adeuda, por haberse obligado á su pago en la escritura de transacción del convenio que con esta fecha hemos otorgado ante D. Joaquín Serra, Notario de este Colegio y residencia, quedando especialmente hipotecados para seguridad del pago de esta cantidad el caudal de agua, los inmuebles y pertenencias que en la misma escritura se expresan»; que D. Francisco Ottani consentía especialmente, que mediante la presentación de esta escritura y de los 12 pagarés en el Registro de la propiedad del partido, pudiera solicitarse y obtenerse la cancelación de la hipoteca que se constituía, y que no siendo esto suficiente, otorgaría la escritura pública necesaria; que D. José María Arce reconocía en principio la obligación en que se hallaba la Sociedad Grappín, Calvet y Arce de satisfacer todos los acreedores de la misma por razón de trabajos y materiales, no debiendo empero ser considerada como sucesora de Don

Francisco Ottani ni de la antigua Empresa de Aguas Potables del ensanche y Barceloneta, sino de aquellos créditos que no podían impugnar por inciertos, injustos y excesivos; que D. Francisco Ottani se obligaba á hacer entrega á D. José María de Arce de todos los documentos, escrituras, relaciones, libros de contabilidad, enseres, útiles y efectos y demás pertenecientes á la expresada Sociedad; que D. José María de Arce, en la calidad en que intervenía, para la seguridad y garantía de las 67.500 pesetas y 2.000 en caso de litigio, hipotecó especialmente á favor de D. Francisco Ottani todo el manantial ó caudal de aguas potables, con todas sus pertenencias, sito en el distrito municipal de aquella ciudad, comprendido en el ensanche de la misma, y toda la porción de terreno cercado de paredes, en que se hallaba sito dicho manantial, con todas las obras de fábrica existentes en el mismo; escritura que fué presentada en el Registro de la propiedad en 23 de dicho mes de Diciembre, é inscrita en 25 de Enero de 1877:

Resultando que D. Francisco Ottani endosó á D. Francisco Domingo y Blanch, por haber recibido del mismo su valor efectivo, cuatro de los pagarés librados á su orden en virtud de la anterior escritura, importantes en junto 25.000 pesetas, de los vencimientos de 21 de Septiembre de 1877 y 21 de Marzo, 21 de Junio y 21 de Septiembre de 1878:

Resultando que en 14 de Junio de 1880 celebraron una junta los tomadores de aguas de la Sociedad Grappín, Calvet y Arce, en la que, en vista de que no recibían el agua que les pertenecía por carecer la Sociedad de fondos para continuarlas alumbrando, se reeligió la Comisión convocante, dándoles facultades para gestionar y conseguir judicial y extrajudicialmente la posesión y la propiedad de las aguas, para admitir la cesión de ellas si de buen grado la hiciesen los que entonces eran empresarios ó propietarios, y para exigir á éstos cuentas y exhición de libros, y para transigir, cobrar y pagar respecto de todos los créditos y derechos de la Sociedad:

Resultando que D. Francisco Ottani, por escritura de 1.º de Julio de 1880, deseando no sólo hacer constar en forma legal la cesión, sino también transmitir el derecho de hipoteca correspondiente á cuatro de los doce pagarés que le habían sido firmados con el nombre social de Grappín, Calvet y Arce, en virtud de lo convenido en escritura de 21 de Diciembre de 1876, cedió nuevamente el crédito de la cantidad de 20.000 pesetas, resultante de dichos cuatro pagarés, á D. Onofre Garí, transmitiéndole todos los derechos que le correspondían para pedir y cobrarlos, y especialmente el de la hipoteca en cuanto el importe de los mismos que le resultaba de la citada escritura de transacción:

Resultando que los propietarios consumidores de agua de la Sociedad Calvet, Grappín y Arce, reunidos en junta general el día 23 de Marzo de 1881, aprobaron una proposición autorizando á la Comisión gestora de los tomadores de agua de dicha Sociedad para expedir un dividendo pasivo á medida que lo fuera necesitando hasta la cantidad de 81 duros por pluma de agua, con destino á comprar al tipo de 25 por 100 los créditos que existían contra dicha Sociedad; á practicar las obras que se necesitasen en los pozos y adquirir la parte de propiedad correspondiente á los tres antiguos dueños; autorizar á la propia Comisión para que dejase de satisfacer á Ottani el crédito de 12.500 duros que decía tener contra la Sociedad, á menos que redujera su crédito á términos convenientes á juicio de la Comisión, empleando al efecto todos los medios legales; conceder las facultades amplias para defender los intereses de los tomadores de agua que suscribieran ó se adhirieran; y por último, para que pudiera expedir todos los dividendos pasivos necesarios para el alumbramiento de aguas: entendiéndose que lo que tal vez se acordase satisfacer á Ottani en pago de su

crédito no venía comprendido en los 81 duros antes dichos, sino que debía ser objeto de un reparto especial:

Resultando que D. Francisco Luis de Gastini Grappín, D. José María de Arce y D. Juan Calvet, únicos socios de la Compañía Grappín, Calvet y Arce, por escrituras que respectivamente otorgaron en 6, 7 y 13 de Diciembre de 1881, cada uno de ellos aisladamente, cedió perpetuamente á D. Román Rodríguez de Lacín y Sánchez y D. Ramón Paderols y Cerveró, en la calidad respectiva que dijeron tener de tomadores de agua de la Sociedad de aguas potables de Barcelona, su ensanche y Barceloneta, todos cuantos derechos y acciones le correspondían sobre la misma, con los útiles y enseres existentes en el terreno y todo lo edificado en el mismo, y los derechos que á dicha Sociedad competían para exigir de algunos propietarios morosos las cantidades de que se hallaban en descubierto por retraso en el pago del censo; todos los derechos que pudieran competirles igualmente por razón de las cargas personales que en ella representaban, y por razón de los diversos contratos, pleitos y hechos que mediaron desde la constitución de la Compañía, prometiendo separarse por completo de tales asuntos y negocios, y abdicar de todo derecho, reclamación y representación en ellos; habiendo sido inscritas respectivamente dichas escrituras en Noviembre y Diciembre del año 1886 en los Registros de la propiedad y mercantil:

Resultando que en sesión que en 2 de Octubre de 1884 celebraron los tenedores de la disuelta Compañía Grappín, Calvet y Arce, el Presidente de la Comisión gestora de los tomadores de agua manifestó que todos los repartos aprobados se habían destinado á adquirir los créditos existentes contra la extinguida Sociedad, excepción hecha del de Ottani, respecto del cual se había seguido un litigio, en el que se había condenado á Grappín, Calvet y Arce, en cuyo lugar se hallaban repuestos los tenedores de agua, á abonar á Ottani las cantidades que reclamaba con intereses y costas; y que por ello había creído la Comisión indispensable convocar dicha junta general para proponerla el acuerdo, que fué aceptado, y autorizar á la Comisión gestora para exigir un dividendo pasivo en la cantidad necesaria para satisfacer los créditos de Ottani y para pagar las obras de nueva construcción:

Resultando que en 26 de Noviembre de 1885, los mismos tomadores de agua de la disuelta Sociedad Grappín, Calvet y Arce celebraron junta general, en la cual acordaron constituirse en Sociedad de copartícipes del agua, maquinaria, torre de elevación y demás accesorios de aprovechamiento, bajo la denominación de El Fénix de Aguas Potables, aprobando un reglamento social, para que desde luego fuese ley de la Compañía, que sujetaron á la aprobación del Gobierno de la provincia:

Resultando que obtenida por D. Francisco Domingo y Blanch certificación del Registro de la propiedad, en que se hizo constar que la Sociedad Grappín, Calvet y Arce tenía inscrito á su favor el terreno con el manantial sito en el Ensanche de Barcelona, lugar llamado Caputx ins Vells, especialmente hipotecado por dicha Sociedad para la realización del crédito á favor de D. Francisco Ottani, hallándose también inscrita la escritura de convenio entre éste y la Sociedad, dedujo demanda ejecutiva en 15 de Octubre de 1886 contra la Sociedad Grappín, Calvet y Arce por la cantidad de 25.000 pesetas, importe de los cuatro pagarés que le habían sido cedidos, con los intereses legales y costas; y que despachada la ejecución en 21 de Octubre expresado y requerido de pago D. José María Arce, que manifestó no pagaba por no tener carácter alguno en la Sociedad, toda vez que había transferido todos los derechos á los tenedores de las aguas de ella, no obstante se trabó embargo sobre el manantial con todas sus pertenencias, fábrica, enseres y demás:

Resultando que nombrado administrador judicial, á quien se puso en posesión de los bienes embargados, y seguido el juicio con arreglo á su naturaleza, D. José María de Arce solicitó la nulidad del mismo, sosteniendo que no tenía representación de la Sociedad ejecutada, ni por consiguiente la calidad por que había sido requerido y citado de remate, y además por defectos extrínsecos del título, porque los pagarés acompañados con la demanda debían ser requeridos judicialmente; pretensión que impugnó el ejecutante, sosteniendo que eran incompatibles los fundamentos de la misma; y practicadas pruebas, el Juez de primera instancia, por sentencia de 4 de Febrero de 1887, declaró no haber lugar á la nulidad reclamada y mandó seguir adelante la ejecución; sentencia que fué confirmada por la Audiencia de Barcelona en 8 de Julio del propio año:

Resultando que en 28 de Enero del mismo año 1887 había promovido la Comunidad ó Asociación de copartícipes El Fénix de Aguas Potables en el juicio ejecutivo referido la demanda de tercería de dominio objeto de estos autos, alegando que dicha ejecución se había decretado por las 25.000 pesetas é intereses consiguientes de cuatro plazos que se decían de la mayor cantidad prometida á D. Francisco Ottani en la escritura de transacción de 21 de Diciembre de 1876 entre el primero y D. José María de Arce, bajo el nombre de Director administrativo de la Sociedad Grappín, Calvet y Arce, de cuyos plazos se suponía Domingo cesionario con el endoso de los cuatro pagarés que los representaban; y por lo tanto, y á virtud del párrafo último del art. 153 de la ley Hipotecaria, con la acción real de hipoteca, en concepto de ejecutiva, contra la dada en aquella escritura; que sin más méritos que la referida escritura de transacción, los cuatro pagarés no reconocidos en autos y una certificación del Registro de la propiedad de estar en Julio inscrito en nombre de la Sociedad Grappín, Calvet y Arce el terreno y manantial de aguas de la calle de Argüelles, se decretó la ejecución contra dicha Sociedad y se trabó embargo en el manantial de aguas, maquinaria y demás, poniéndose la finca bajo administración judicial, no obstante las protestas de tenerla la Asociación de copartícipes El Fénix de Aguas Potables; que del acta notarial de 23 de Mayo de 1881 resultaba que los compradores del agua de la referida Sociedad, constituídos en junta general, al ver chasqueada su compra por los pleitos, la pésima maquinaria y la falta de obras oportunas, se impusieron un nuevo sacrificio, acordando costear segunda vez propiamente la adquisición y habilitación del manantial y sus pertenencias; y ya suyo, explotarlo y servirse á su costa y costas, otorgándose las escrituras de 6, 7 y 13 de Diciembre del mismo año, por las que Grappín, Calvet y Arce pasaron á los tenedores de aguas por medio de su Comisión gestora el respectivo tercio que cada uno tenía en la finca, manantial y demás pertenencias, así como también todos los derechos en la Sociedad y los créditos de toda especie relativos al asunto; que los partícipes del agua se constituyeron en la Asociación de El Fénix de Aguas Potables, bajo el reglamento que fué aprobado por el Gobierno de provincia, sometiendo las adquisiciones al pago y registro consiguientes, con cargo á los fondos de la indicada Asociación; que las tres adquisiciones quedaron presentadas al Registro de la propiedad en 9 de Octubre, desde cuyo día, y antes de la demanda ejecutiva, la Asociación de tenedores de agua tenían hipotecariamente inscrita á su favor y nombre la total propiedad de la finca que constituía el manantial, sus cañerías y pertenencias; que la escritura invocada como crédito ó título para la ejecución tenía el preciso objeto y carácter de transacción de las cuestiones y pretensiones de D. Francisco Ottani, y si á nombre de la Sociedad Grappín, Calvet y Arce se le prometió una cantidad á plazos, fué como precio ó premio de cesiones y renuncias por su parte á favor de la Sociedad; que acudieron al medio de los pagarés escalonados

sólo accidentalmente para facilitar á Ottani que pudiera realizar aquellas cantidades antes de su respectivo vencimiento; que al constituirse la hipoteca se dijo hacerse para seguridad y garantía de la cantidad prometida pagar en el pacto segundo, pero ni los pagarés fueron el objetivo de la escritura ni constituyeron el carácter ó conceptos de la forma de obligación por parte de la Sociedad, pues ésta manifestó, no el propósito de crear documentos circulantes, sino pagar en méritos y fuerza de la escritura como título y expresión del crédito que sólo fué en interés de Ottani para poderse procurar fondos antes; que la hipoteca no se dió para el accidente de los pagarés que, de mero carácter particular, no tenían la menor semejanza con los títulos circulantes conocidos por obligaciones, no habiéndose constituído, por tanto, la escritura y su hipoteca para crear una emisión de obligaciones endosables ó de títulos al portador, y así no eran de la clase mencionada en el párrafo útimo del art. 153 de la ley Hipotecaria; que sin embargo de tal circunstancia, D. Francisco Domingo no había obtenido ni producido escritura alguna de cesión de plazo ni de la hipoteca consignada en la escritura de transación, ni había cuidado de identificar con el reconocimiento pericial los pagarés que había producido; es decir, que no se hallaba tener transmitido en parte alguna el crédito hipotecario de aquella escritura, ni por consiguiente su hipoteca; que tampoco El Fénix, propietario inscrito desde antes de la ejecución, había sido requerido para que, ó lo pagase ó desamparase la finca á los efectos de la ejecución; que en las escrituras de traspaso de la propiedad del manantial no se imponía á los tenedores de agua adquirentes la obligación de pagar la cantidad de la escritura en debate, ni cosa alguna á Domingo, de quien nadie hacía la menor mención; y antes, por el contrario, en la de Grappín se hacía expresa cesión del derecho de impugnar de nulidad la repetida escritura de transacción, que por muchos y varios conceptos era nula; y que D. Francisco Domingo estaba perfectamente impuesto en los antecedentes indicados y demás del asunto, habiendo sido, por tanto, pura y deliberada voluntad suya atentar á la finca; y ejercitando en su virtud las acciones reivindicatoria y de dominio, pidió se cancelara el embargo en todas sus partes y su secuestro ó administración judicial, dejando dichos bienes á libre solta y disposición de la Asociación de tenedores de agua, y declarar de cargo de D. Francisco Domingo y condenarle al pago y reintegro de todos los gastos y reintegros de la administración judicial y de las costas, é indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que contestando á la demanda D. Francisco Domingo Blanch, reconstituyó y modificó los hechos contenidos en la misma, alegando: que D. Francisco Luis de Gustini y Grappín, D. Juan Calvet y Don José María de Arce, se constituyeron en 19 de Julio de 1886 en Sociedad colectiva, que fué inscrita en los Registros mercantil y de la propiedad para la elevación y explotación de un caudal de aguas existentes en una finca de su propiedad; y que para transigir diferencias ocurridas con Don Francisco Ottani otorgaron escritura en Diciembre del mismo año, comprometiéndose á pagarle 75.000 pesetas en los plazos que estipularon, emitiendo pagarés á la orden, representativos del crédito, que fueron entregados al acreedor para su circulación, garantizándose la deuda con hipoteca del inmueble y manantial referido, que fué inscrita en el Registro en 25 de Enero de 1887; que D. Francisco Ottani endosó á D. Francisco Domingo Blanch cuatro de los pagarés emitidos á su orden de los vencimientos de 1877 y 1878; que los únicos socios de la Compañía Grappín y Arce en 1881, cinco años después de constituída é inscrita la obligación hipotecaria, cedieron cada uno de ellos aisladamente á D. Román Rodríguez de Lacía y á D. Ramón Pallerols, en la calidad que expresaron tener y no justificaron de Presidente y Secretario de la Comisión gestora de tomadores

de agua de la Sociedad Grappín, Calvet y Arce, todos los derechos que les correspondían sobre los bienes de dicha Sociedad; que cuatro años después de esta adquisición y nueve de constituída é inscrita la obligación hipotecaria de cuya efectividad se trataba en el juicio ejecutivo, unos individuos que expresaron ser tomadores ó partícipes de agua procedente del caudal de aquella razón social, se reunieron en Sociedad bajo la denominación de El Fénix de Aguas Potables, estableciendo el reglamento que sujetaron á la aprobación del Gobierno civil; que en 1886 D. Francisco Domingo y Blanch resolvió acudir ejecutivamente contra la Sociedad Grappín, Calvet y Arce para la realización de su crédito, resultante de los cuatro pagarés expresados, acompañando una certificación del Registrador de la propiedad de hallarse inscrita á favor de Grappín, Calvet y Arce la del inmueble especialmente hipotecado para la seguridad de aquel crédito, estándolo asimismo la escritura de convenio entre aquella Sociedad y Don Francisco Ottani; que aun cuando la demanda ejecutiva quedó redactada á 1.º de Agosto de 1886, por ausencia del Letrado no fué presentada hasta 15 de Octubre siguiente, y como de las diligencias que tuvo que practicar para la preparación de la demanda se enteraron varias personas, durante dicho período fueron presentadas al Registro las tres escrituras de cesión; en 9 de Octubre la de Calvet, y en 11 las de Grappín y Arce; habiendo por tanto sido inscritas cinco años después de su otorgamiento y diez años después de la inscripción del título hipotecario por el cual procedía Francisco Domingo eu el juicio ejecutivo; que el conocimiento que el Fénix de Aguas Potables tuvo de la existencia de la ejecución decretada para la efectividad de un crédito hipotecario impuesto con mucha anterioridad al dominio y posesión que pretendía sobre el inmueble especialmente hipotecado, no le indujo á redimir esta carga real, que por este concepto era de su cargo, aun siendo legítimo su título de dominio, sino que procuró eludir esta obligación, desvirtuar el derecho del acreedor é inutilizar los decretos judiciales, ya enajenando los bienes embargados, prescindiendo de la existencia del embargo y eludiendo todas las disposiciones que el Juzgado dictaba para asegurar su eficacia, ya coadyuvando embozadamente á la oposición hecha por D. José María de Arce, ya, por último, deduciendo la actual tercería de dominio; que con posterioridad á la inscripción de las tres citadas escrituras de cesión no se había inscrito en el Registro de la propiedad título alguno traslativo de la finca de que se trataba; que la Asociación demandante El Fénix de Aguas Potables no figuraba en dicho Registro como propietaria de esa finca; y oponiendo á la demanda las excepciones de carecer el actor de título, acción y derecho, y la que nacía del derecho hipotecario constituído á favor del demandado, pidió se le absolviese de dicha demanda, mandando seguir adelante el procedimiento de apremio, con imposición de las costas al actor:

Resultando que D. José María de Arce, á quien se emplazó como representante de la Sociedad Grappín, Calvet y Arce para que contestara á la demanda, no compareció, entendiéndose respecto de él las diligencias y los estrados:

Resultando que suministradas por las partes pruebas, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 18 de Junio de 1890 sentencia confirmatoria con las costas, absolviendo á D. Francisco Domingo y Blanch, y á la razón social Grappín, Calvet y Arce, de la demanda de tercería de dominio deducida por la Asociación El Fénix de Aguas Potables, con las costas, mandando seguir adelante el procedimiento de apremio:

Resultando que la Sociedad El Fénix de Aguas Potables ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.º La regla 13 del Derecho, tít. 34, Partida 7.ª, según la cual, cosa que

es nuestra no puede pasar á otro sin nuestra palabra ó nuestro fecho; toda vez que la sentencia denegaba la tercería de dominio interpuesta por la Sociedad recurrente, haciéndola responsable de todas las obligaciones y derechos de la Sociedad Grappín, Arce y Calvet, que no se transmitieron á El Fénix de Aguas Potables ni por la palabra ni por el fecho de aquéllos:

2.º La doctrina jurídica consignada en numerosas sentencias de este Supremo Tribunal, entre ellas las de 13 de Diciembre de 1882, 28 de Febrero y 28 de Diciembre de 1883 y 29 de Mayo de 1884, según la cual, las escrituras deben entenderse según su literal contexto y recto sentido, cuando los términos en que se hallan redactadas son claros y precisos; toda vez que se denegaba la tercería, entendiendo que las escrituras otorgadas por Grappín, Arce y Calvet en 6, 7 y 13 de Diciembre de 1881, impusieron á la Sociedad recurrente la obligación de satisfacer el adeudo social de aquella Sociedad en su calidad cesionaria, siendo así que las cláusulas de aquellas escrituras no contenían tal obligación:

3.º El principio de derecho de que las acciones personales han de dirigirse contra el que aparezca directamente obligado, y una vez condenado éste, no podía hacerse extensiva la ejecución de la sentencia contra persona que no hubiera sido parte en el pleito, ni ser extensiva esta ejecución á bienes que no pertenecieran al condenado; porque dirigida la acción ejecutiva contra la Sociedad Grappín, Calvet y Arce, y dictada contra ella sentencia de remate, al empezar la vía de premio, quería dirigirse contra la Asociación El Fénix de Aguas Potables, que no había litigado, y hacerse extensiva al manantial de aguas en cuestión, que pertenecía cuando se despachó la ejecución y hoy á la Asociación recurrente; desestimándose la tercería, por la razón de que no puede el cesionario que ocupa el lugar del cedente utilizar ventaja alguna personal que varíe la situación de éste en perjuicio de su acreedor, razón completamente destituída de fundamento, porque aun en el supuesto no concedido de que la Asociación recurrente fuese cesionaria de la Sociedad Grappín, Calvet y Arce, nunca podía ser condenado el cesionario cuando la acción se había dirigido únicamente contra el cedente:

4.º Los artículos 127, 128 y 133 de la ley Hipotecaria, que dispone que ha de requerirse al tercer poseedor de los bienes hipotecados al pago de un crédito, si al vencimiento del plazo no lo verificara el deudor, para que pague el crédito con los intereses correspondientes ó desampare los bienes hipotecados; que despachado mandamiento de ejecución ha de requerirse al tercer poseedor, después de haberlo hecho al deudor, y que éste ha de ser considerado como parte en el procedimiento ejecutivo respecto de los bienes hipotecados que posea; porque teniendo El Fénix de Aguas Potables el carácter de tercer poseedor del manantial de aguas hipotecado al pago del crédito, reconocido á favor de Ottani en la escritura de 21 de Diciembre de 1876, ni se le había hecho requerimiento de ninguna especie ni considerado como parte en el juicio promovido por Domingo, cesionario de Ottani contra la Sociedad Grappín, Calvet y Arce, terminado por sentencia de remate, y en el curso de él se declaró embargada la citada finca, inscrita hipotecariamente á favor del recurrente antes de establecerse la demanda ejecutiva, á pesar de lo cual la sentencia recurrida no había declarado procedente la tercería interpuesta, quedando en su consecuencia responsable desde luego la finca embargada á las resultas de la ejecución; y

5.º Y en todo caso el art. 153 de la ley Hipotecaria, el 558 del Código de Comercio vigente y la doctrina consignada en varias sentencias de este Supremo Tribunal, entre ellas las de 29 de Enero y 28 de Junio de 1859, 8 de Junio de 1872, 14 de Junio de 1874 y 8 de Abril de 1875, porque dis-

poniéndose en ellas que el crédito hipotecario para ser enajenado y cedido á un tercero es preciso que se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro, exceptuándose del cumplimiento de estos requisitos el caso en que la hipoteca se hubiera constituído para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, condiciones que no podían tener unos pagarés comunes, que ni constituían obligaciones ni tenían el carácter legal de endosables que únicamente correspondía á los mercantiles, se absolvía de la demanda reconociendo que los pagarés comunes extendidos á favor de Ottani en la escritura de 21 de Diciembre de 1876, estaban comprendidos en la excepción del art. 153 de la ley Hipotecaria; que se transmitió á Domingo el crédito hipotecario y por consiguiente la acción que se deducía del mismo por el simple endoso que le hizo Ottani de los indicados pagarés, y que pudo legalmente Domingo hacerla efectiva sobre la finca especialmente hipotecada, como hubiera podido hacerlo el mismo Ottani ó cualquiera persona á quien éste hubiera enajenado el crédito hipotecario en escritura pública de que se hubiera dado conocimiento al deudor y cuya inscripción se hiciera en el Registro.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la sentencia recurrida no infringió la regla 13, tít. 34, Partida 7.ª, ni la doctrina relativa á la interpretación de los contratos, invocadas en los dos primeros motivos, puesto qne comprado por los recurrentes á los señores Grappín, Arce y Calvet el inmueble á que la tercería se refiere, cuando ya éstos habían impuesto sobre él para garantir el crédito á favor de Ottani, hipoteca expresa y registrada en forma, es indudable que su adquisición venía subordinada á tan especial gravamen, y que con arreglo á las leyes en que se funda la referida sentencia, puede el acreedor exigir que sobre dicho inmueble se haga efectivo su crédito, cualesquiera que fueran los términos en que se hubiera redactado el contrato por cuya virtud vinieran los citados recurrentes á suceder á los vendedores:

Considerando que tampoco infringe el principio de derecho señalado en el motivo tercero, relativo á acciones personales y su alcance, toda vez que, como expresa el mismo recurrente, la ejercitada por el acreedor fué la *ejecutiva* dimanante del referido crédito hipotecario que, como es sabido, tiene el carácter de mixta, y por principal objeto el que aquel á quien asiste pueda perseguir la cosa hasta conseguir su pago:

Considerando que siendo la Sociedad El Fénix sucesora y continuadora del negocio de aguas que tenía planteado la titulada Grappín, Arce y Calvet, por consecuencia de los contratos en que los fundadores de aquélla adquirieron de los socios de ésta el citado inmueble con todos sus demás derechos y con ellos la obligación hipotecaria de que se trata, es claro que no pueden ostentar el carácter de tercero que invocan en el motivo cuarto:

Considerando que el motivo quinto carece de oportunidad, puesto que se dirige á combatir la virtualidad del título que sirvió de base y quedó ya apreciada en la ejecución;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Sociedad El Fénix de Aguas Potables, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 19 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Agosto del mismo año.)

188

RECURSO DE CASACIÓN (19 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Petición de herencia.*—No ha lugar al interpuesto por D. Luis Sanjuanbenito y otro en pleito con D. Francisco Javier Mateo y otros (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que diciéndose en un convenio celebrado por varios herederos, y por el que acordaron la consulta de ciertos extremos de la sucesión, que aquélla había de ser aprobada y firmada por todos los interesados, no puede ser obligatorio para los que no prestaron su aprobación ni es preciso pedir previamente la nulidad de aquél; y estimándolo así, no se infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Que la sumisión de las cuestiones litigiosas á la decisión obligatoria de tres Letrados es nula cuando no se formaliza el compromiso con arreglo al art. 791 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, según lo tiene declarado el Tribunal Supremo:

Que no habiendo sido heredero el sustituto del instituído y falleciendo éste sin hijos y en estado de soltero, debe recaer la herencia en los llamados en tercer lugar, según la voluntad del testador, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª

Que no es aplicable la ley 4.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, cuando no se trata de una sustitución vulgar que espira en el momento en que el heredero instituído cede la herencia del testador.

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Burgos y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio, por D. Francisco Javier Mateo y Olave, Capitán de Estado Mayor, vecino de Burgos, por sí y como marido de Doña María Ramona Gimilio y Mateo, Doña María del Pilar Pastors y Mateo, vecina de Gerona; D. Joaquín Pastors y Mateo, propietario, vecino de Salamanca, y D. Pelayo Alcalde y Fernández, empleado, vecino de San Sebastián, como marido de Doña Luisa Mateo y Olave, con D. Luis Sanjuanbenito Castrillo, propietario, vecino de Belorado, y D. Eudosio Villalaín y Sanjuanbenito, Canónigo de la Metropolitana de Burgos, sobre petición de herencia, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto por los demandados, y en su defensa y representación el Doctor D. Germán Gamazo y el Procurador D. Fidel Serrano, habiéndolo estado la parte recurrida por el Doctor D. Eduardo Augusto de Besson y el Procurador D. Luis Soto:

Resultando que Doña Nicolasa de Mateo y Pérez Iñigo falleció en esta corte en 27 de Octubre de 1871, bajo testamento otorgado en Santo Domingo de la Calzada en 7 de Marzo de aquel mismo año, en el que después de hacer diferentes legados en favor de sus hermanos y sobrinos, consignó la cláusula siguiente: «Del remanente que de todos mis bienes, derechos y acciones quedase después de mi fallecimiento, sea en papel, dinero, escrituras censuales, acciones del Banco, ó en cualquier otra especie, después de pagarse y distribuirse lo que en este testamento dejo ordenado, nombro é instituyo por mis únicas y universales herederas por iguales partes á mis sobrinas Joaquina Sanjuanbenito Mateo y Juana Francisca Mateo y Cascajares, y en defecto de la primera á mi hermana Doña Aureliana de Mateo, si muriese sin hijos ó sin haber contraído matrimonio la Joaquina; y en defecto de la segunda, si muriese sin hijos ó sin haber tomado estado de matrimonio, á mi hermano D. Indalecio de Mateo, y tanto una como

otra podrán dejar en usufructo á sus respectivos esposos lo que de mí heredasen; pero por muerte de Doña Pascuala Cascajares y D. Eugenio Sanjuanbenito, han de recaer los bienes que hereden en usufructo en los restantes mis sobrinos carnales de padre y madre ó sus hijos por iguales partes, y en su caso por representación mis segundos sobrinos»; siendo de notar que la heredera Doña Joaquina Sanjuanbenito y Mateo era hija de la Doña Aureliana de Mateo y de D. Eugenio Sanjuanbenito:

Resultando que además de las dos expresadas herederas, sobrevivieron á dicha testadora sus sobrinos carnales D. Francisco Javier y Doña Luisa de Mateo y Olave, D. Joaquín y Doña Pilar Pastors y Mateo y Doña María Ramona Gimilio y Mateo, consorte esta última de su primo carnal el primero de los citados Mateo y Olave, é hija de D. Segundo Gimilio Guardamino:

Resultando que Doña Aureliana de Mateo falleció intestada en 13 de Mayo de 1885, y su hija Doña Joaquina falleció también sin testamento y en estado de soltera en 11 de Abril de 1886, y en 8 de Octubre de este último año los expresados consortes D. Francisco Javier Mateo y Olave y Doña Ramona Gimilio y Mateo otorgaron en Burgos una escritura de poder á favor de su padre D. Segundo Gimilio, Registrador de la propiedad de Santo Domingo de la Calzada, general para toda clase de pleitos y especial y señaladamente para que reclamase de D. Eugenio Sanjuanbenito y Castrillo, padre de la finada Doña Joaquina Sanjuanbenito y Mateo, la parte de herencia que le correspondiera de su difunta tía Doña Nicolasa de Mateo y Pérez Iñigo; que la Doña Joaquina percibió de dicha Doña Nicolasa á calidad de devolverla á sus primos carnales, hijos de hermanos carnales de la Doña Nicolasa, con facultad el apoderado expresa y terminante para que pudiera transigir este asunto, de acuerdo con los demás interesados ó por medio de árbitros arbitradores ó amigables componedores nombrados con arreglo á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil, con objeto de que diesen término á dicho asunto; y para que recogiera y se hiciera cargo de la parte de herencia que pudiera corresponderles por dicho concepto, aprobase en la forma que lo estimase procedente la testamentaría á bienes de la Doña Nicolasa de Mateo, é hiciera sobre este particular todo cuanto podrían hacer los otorgantes personalmente, en cuya misma fecha, 8 de Octubre, y en iguales ó parecidos términos, D. Joaquín Pastors y Mateo, en la ciudad de Salamanca, y Doña María del Pilar Pastors y Mateo, en la de Gerona, otorgaron otras escrituras de poder á favor del mismo D. Segundo Gimilio:

Resultando que por este último y por D. Eugenio Sanjuanbenito se firmó un documento privado sin fecha, titulado *consulta,* en el que después de enumerar en siete párrafos los hechos que estimaron convenientes, relativo el primero, á que Doña Nicolasa de Mateo y Pérez Iñigo otorgó testamento cerrado en 7 de Marzo de 1871, bajo el que falleció en fin de Octubre de 1873, habiéndose practicado por D. Eugenio Sanjuanbenito y D. Indalecio de Mateo un inventario y adjudicación de bienes privadamente, y en los términos que aparecía de la operación que se acompañaba en unión del testamento mencionado; el segundo, á que Doña Aureliana de Mateo, esposa del D. Eugenio, había fallecido intestada en 13 de Mayo de 1885; y el tercero, á que Doña Joaquina Sanjuanbenito había fallecido también intestada en estado de soltera y sin hijos el 11 de Abril de 1886, siendo su heredero abintestato su padre el expresado D. Eugenio; consignaron en el párrafo octavo que los interesados de dicha herencia y en dicho testamento de Doña Nicolasa habían convenido en que el Decano y los dos Abogados que pagasen mayor cuota de contribución por el ejercicio de su profesión de una Audiencia territorial dieran dictamen con presencia de los hechos y documentos referidos, que sería obligatorio para las

partes, acerca de las preguntas que á continuación se establecían; dirigiéndose la primera á averiguar si por el fallecimiento de Doña Joaquina Sanjuanbenito sin casarse y sin hijos correspondía la herencia que percibió de su tía Doña Nicolasa de Mateo á su padre D. Eugenio Sanjuanbenito ó á sus primos carnales, hijos de hermanos de padre y madre de la testadora Doña Nicolasa, concluyendo este documento con las palabras de que, aprobada esta consulta y firmada por todos los interesados, se remitirá á los Letrados, en la forma indicada, obligándose todos á respetarla:

Resultando que los Letrados del Colegio de Cáceres, D. Juan Felipe Gallego, D. Antonio Quirós y Díez y D. Emeterio Pérez Morales, Decano el último de dicho Colegio y los tres con estudio abierto y pagando la primera cuota, hicieron constar con fecha 1.º de Junio de 1887, que habiendo recibido la consulta antes referida y no habiendo logrado venir á un acuerdo unánime, puestos á votación los extremos consultados, se habían conformado de una parte en su resolución sustancial D. Antonio Quirós y D. Emeterio Pérez Morales, disintiendo D. Juan Felipe, por lo que habían convenido en extender esta acta, así como por separado el dictamen de la mayoría y el voto particular, uniéndose todo á sus antecedentes para remitir á los interesados; diciéndose en el expresado dictamen de la mayoría, fechado en el mismo día 1.º de Junio, que por muerte de Doña Joaquina Sanjuanbenito sin casarse y sin sucesión correspondía íntegramente la herencia que percibió de su tía Doña Nicolasa de Mateo á su padre D. Eugenio Sanjuanbenito, legítimo heredero abintestato de la Doña Joaquina, y no á los primos carnales, hijos de hermanos de padre y madre de la testadora Doña Nicolasa de Mateo, y apareciendo el voto particular con fecha 21 del mismo mes de Junio:

Resultando que con esta misma fecha dirigió D. Segundo Gimilio desde Calatayud una carta á D. Eugenio Sanjuanbenito, manifestándole que veía con sentimiento que los Abogados á quienes se había dirigido su común amigo D. Ignacio Alonso, á pesar de haber transcurrido siete meses, no habían evacuado la consulta, y como esto no podía ser eterno, no tenían medios legales para obligar á dichos Letrados á dar dictamen, no había más remedio para acabar el asunto que dar por concluso y terminado aquel encargo y buscar otro camino más legal y posible; que así se lo había comunicado á Alonso, cesando por consiguiente las facultades dadas á los Letrados, y que le dijera si encontraba algún medio decoroso y prudente de acabar aquellas diferencias en el término preciso de dos meses, pues de lo contrario estaba resuelto por todo á acudir á los Tribunales:

Resultando que D. Eugenio Sanjuanbenito falleció en 10 de Julio de 1888, bajo testamento otorgado en 3 de Marzo de aquel año, en el que instituyó herederos por cuartas partes á sus hermanos D. Luis y Doña María, á los hijos de su hermana Doña Eugenia, entre los que se halla Don Eudosio Villalaín, y á los de su otra hermana Doña Francisca, nombrando albaceas contadores partidores, á sus expresados hermano y sobrino carnal, D. Luis y D. Eudosio:

Resultando que con los poderes otorgados en 8 de Octubre de 1886, por D. Francisco Javier Mateo y Olave y su esposa Doña Ramona Gimilio Mateo y D. Joaquín y Doña Pilar Pastors y Mateo á favor de D. Segundo Gimilio, sustituído por éste en el Procurador D. Gregorio Pineda, y otro poder que para litigar confirieron en San Sebastián á 8 de Diciembre de 1888 D. Pelayo Alcalde y Fernández y su esposa Doña Luisa Mateo y Olave al mismo procurador Pineda, dedujo éste representación de todos los expresados en el Juzgado de primera instancia de Burgos en 24 de Abril de 1889 la demanda que ha motivado este pleito, con la solicitud de que se declarase en definitiva que tenían derecho á los bienes que, como heredera de Doña Nicolasa de Mateo, adquirió y dejó á su fallecimiento

Doña Joaquina Sanjuanbenito, y se condenara en su consecuencia á Don Luis Sanjuanbenito y Castrillo y D. Eudosio Villalaín, como albaceas de D. Eugenio Sanjuanbenito, á que en el término de quinto día les entregasen los mencionados bienes, con los frutos correspondientes desde 11 de Abril de 1886 en que falleció la Doña Joaquina, y en su apoyo alegó: que ocurrido el fallecimiento de Doña Nicolasa, D. Eujenio Sanjuanbenito y D. Indalecio Mateo, padre de la otra heredera instituída por aquélla, Doña Juana Francisca Mateo y Cascajares, se repartieron privadamente los bienes de la herencia, y una vez fallecida Doña Aureliana de Mateo, quedando como heredera su hija Doña Joaquina, practicó ésta en unión de su padre D. Eugenio la correspondiente operación de testamentaría, sin hacer mérito de los bienes de procedencia de Doña Nicolasa; que por fallecimiento de Doña Joaquina, su expresado padre D. Eugenio, previa declaración de heredero abintestato, practicó las correspondientes operaciones y se apoderó de todos los bienes que dejó su hija, incluso de los procedentes de Doña Nicolasa de Mateo; que el D. Eugenio falleció sin que hubieran llegado á decidirse las diferencias que ya le habían planteado los demandantes por su condición de sobrinos carnales de Doña Nicolasa; no habiendo conseguido tampoco de los herederos de D. Eugenio que les reconocieran el derecho que tenían á los bienes, que procedentes de Doña Nicolasa de Mateo, dejó su sobrina y heredera Doña Joaquina Sanjuanbenito; que habiendo manifestado expresamente Doña Nicolasa de Mateo en su testamento que D. Eugenio Sanjuanbenito sólo podría ser usufructuario de los bienes que su hija Doña Joaquina heredase de ella, si así lo disponía su mujer Doña Aureliana, debiendo ir en tal caso á parar dichos bienes á los sobrinos carnales de dicha testadora, resultaba evidente como ley que se imponía en este pleito, el derecho cuyo reconocimiento reclamaban los demandantes y la exclusión absoluta de la herencia de Doña Nicolasa de personas tan extrañas como eran los sucesores del D. Eugenio; y que la institución para el día del fallecimiento de un individuo, no envuelve una condición suspensiva, sino solamente dilatoria:

Resultando que los albaceas demandados impugnaron la demanda, alegando para que se desestimase y se impusiese á los actores perpetuo silencio y pago de costas: que Doña Joaquina Sanjuanbenito y Doña Juana Mateo estaban llamadas incondicionalmente á la herencia en el testamento de su tía Doña Nicolasa, y desde la muerte de ésta se habían convertido en herederas universales con facultades amplias para disponer libremente de los bienes heredados; pues sólo en el caso de que estas primeras herederas instituídas hubiesen muerto antes que la testadora y sin hijos, ó sin haber contraído matrimonio, habían sucedido Doña Aureliana y D. Indalecio Mateo, no á sus hijas por falta de términos hábiles, puesto que no habían llegado á ser herederas, sino á su hermana Doña Nicolasa; habiendo, por tanto, hecho ésta una sustitución de herederos pura y simple en favor de sus sobrinas, y una sustitución vulgar para el caso expresado, que no llegó á tener lugar; que con arreglo al texto expreso de la ley 4.ª, título 5.º, Partida 6.ª, y á la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la sustitución vulgar cesa cuando el heredero admite la herencia; que aun suponiendo que la sustitución hecha á favor de la hermana de la testadora Doña Aureliana entrañase una limitación impuesta á los derechos de la heredera, supuesto que juzgaba con las palabras, y en *defecto*, con que empezaba la cláusula de sustitución, era preciso también reconocer que habiendo premuerto la sustituta habían concluído todos los derechos de la misma y de los que de ella pudieran tener causa, quedando la heredera dueña absoluta de los bienes hereditarios y en completa libertad para disponer de ellos; que respecto de los sobrinos, á quienes en último término se refería la cláusula del testamento de que se trataba, bastaba leerla para

convencerse de que no fueron nombrados herederos sustitutos de la testadora, sino que ésta se limitó á disponer que, llegado cierto caso y cumplidas determinadas condiciones, pudieran adquirir todos ó parte de los bienes que dejó á sus otras sobrinas Doña Joaquina y Doña Juana; que aparte de todo lo expuesto, las diferencias surgidas entre D. Eugenio Sanjuanbenito y los sobrinos carnales de Doña Nicolasa estaban ya resueltos desde 1.º de Junio de 1887, en el que los Letrados de Cáceres designados por las partes decidieron la cuestión en favor de D. Eugenio, quien, por lo tanto, había poseído de buena fe los bienes que reclamaban los demandantes, faltando á lo que de ellos debía esperarse; que, en efecto, los expresados sobrinos de Doña Nicolasa, ó sean los demandantes y algún otro, propusieron al finado D. Eugenio que la cuestión sobre inteligencia de la cláusula en que aquélla instituyó heredera á su sobrina Doña Joaquina, se decidiese por laudo arbitral, con cuyo propósito confirieron poderes al Registrador de la propiedad D. Segundo Gimilio, padre de unos y tío de otros, á fin de que formase, en unión de D. Eugenio, la escritura de compromiso arbitral, como resultaba de los mismos poderes acompañados á la demanda, debiendo advertir que en igual forma confirió otro poder al mismo D. Segundo, D. Pelayo Alcalde, como marido de Doña Luisa Mateo y Olave, y Doña Pascuala Cascajeres, madre de la menor Doña Juana Mateo Cascajares; que habiendo convenido D. Segundo y D. Eugenio en que la suerte decidiera la Audiencia á que debían corresponder los tres Letrados llamados á resolver la cuestión, resultó favorecida la de Cáceres, y designados los tres Letrados de que ya se ha hecho mérito; pero que habiendo observado el Notario á quien se encomendó el otorgamiento de la escritura, que los poderes conferidos á D. Segundo no bastaban, por no haberse expresado en ellos quiénes fueran los Jueces árbitros, manifestó D. Eugenio su deseo de que se otorgaran nuevos poderes bastantes, y el D. Segundo propuso que, en obviación de gastos y tiempo, se hiciera un convenio, que el mismo redactó y firmó en unión de Sanjuanbenito, y era el que acompañaban, afirmando que se comprometía bajo su responsabilidad á que sus poderdantes lo respetaran y pasaran por lo que resolviesen los Letrados, de cuyo convenio pasó copia á sus poderdantes, que lo autorizaron por carta para que firmase en su nombre, según manifestó el mismo D. Segundo; y que de estos hechos se deducía que D. Segundo y D. Eugenio acordaron, no un juicio arbitral, porque para esto había sido necesario atemperarse á lo dispuesto en el art. 790 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, y en tal caso, en vez de contestar la demanda en la forma en que lo hacían, hubieran opuesto la excepción de cosa juzgada, sino un convenio que estaba dentro de lo que la ley preceptúa para las obligaciones en general, por virtud del que se obligaron á someterse al parecer de la mayoría de los tres Letrados, cuya resolución sujetó á los que otorgaron el expresado convenio, y debía ser respetado por ellos en virtud de lo dispuesto en la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Resultando que los demandantes replicaron insistiendo en las pretensiones de su demanda, y añadiendo á lo que tenían alegado que la designación que en la cláusula testamentaria se hacía de Doña Aureliana no era en el concepto de sustituta de su hija Doña Joaquina, sino en el de heredera en segundo llamamiento, y para el caso que esta última muriese después de heredar en cualquier tiempo que esto ocurriera, sin hijos ó en estado de soltera; pues de esta manera tenía satisfactoria explicación la frase que precedía á la designación de Doña Aureliana, que dice *en defecto de Doña Joaquina*; ó lo que es lo mismo, cuando ésta falte y no haya dejado hijos á quienes transmitir sus bienes ó marido á quien favorecer con los mismos, heredando en tal caso, no la persona allegada ó extraña que quisiere designar en testamento, ni tampoco sus padres llamados á sucederla,

sino su madre, y ésta con la obligación de conservar la propiedad de los bienes para los sobrinos carnales: por cuya razón no podían estar conformes con el carácter que se atribuía de contrario á la institución de heredera á favor de Doña Joaquina, sino que sostenían que estaba afecta á una condición, cual era la de morir con hijos ó la de haber contraído matrimonio; que si bien era verdad que entre Gimilio y Sanjuanbenito se proyectó un arreglo, no lo era menos que no pudo realizarse por haberse opuesto el último á presentar el inventario de los bienes dejados por Doña Nicolasa; que también era exacto lo que se decía respecto de los poderes conferidos á Gimilio para el arbitraje, pero que la misma parte tenía reconocido que no llegó á otorgarse la escritura de compromiso; que en el proyecto de convenio no se designó la Audiencia ni se hizo indicación alguna respecto á los Abogados, de cuyos nombres y opiniones se habían enterado por los documentos acompañados al escrito de contestación á la demanda, á pesar de que tenían fecha de dos años antes; y que fijándose en el llamado convenio, del cual se querían derivar obligaciones para los demandantes, se veía que, no habiendo pasado de ser un proyecto, puesto que no obtuvo la aprobación de los interesados ni sus firmas, como en el mismo se exigían, carecía de eficacia alguna; y evacuados por los demandados el trámite de dúplica con nuevas y extensas alegaciones en corroboración de lo que tenían expuesto en su anterior escrito, se recibió el pleito á prueba, utilizándose la testifical por la parte demandada y el reconocimiento por los tres Letrados de los dictámenes dados por los mismos, que se presentaron con el escrito de contestación:

Resultando que en 28 de Mayo de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos sentencia revocatoria, declarando que los demandantes D. Francisco Javier Mateo y Olave, por sí, y como marido de Doña María Ramona Gimilio y Mateo, Doña María del Pilar, D. Joaquín Pastors y Mateo y D. Pelayo Alcalde Fernández, como marido de Doña Luisa Mateo y Olave, tienen derecho, en el concepto en que reclaman, á los bienes que coma heredera de Doña Nicolasa de Mateo adquirió y dejó á su fallecimiento Doña Joaquina Sanjuanbenito, y condenando en su consecuencia á los demandados D. Luis Sanjuanbenito y Castrillo y D. Eudosio Villalaín y Sanjuanbenito, como albaceas de D. Eugenio Sanjuanbenito, á que en el término de quinto día hagan entrega á los referidos demandantes de los mencionados bienes, con los frutos por ellos producidos desde la interpelación judicial:

Resultando que D. Luis Sanjuanbenito Castrillo y D. Eudosio Villalaín Sanjuanbenito interpusieron recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, citando en su apoyo como infringidos:

1.º La ley del caso, ó sea el convenio consulta firmado por D. Segundo Gimilio y D. Eugenio Sanjuanbenito, en representación aquél de los demandantes, y el dictamen que en 1.º de Junio de 1887 emitieron los Abogados del Colegio de Cáceres, D. Juan Felipe Gallego, D. Antonio Quirós y D. Emeterio Morales, de los que resulta la existencia de un compromiso que impedía á los demandantes formular reclamaciones sobre la mitad litigiosa de la herencia de Doña Nicolasa Mateo Pérez Iñigo, no obstante lo cual el Tribunal sentenciador ha estimado la demanda:

2.º La ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la que, de cualquier modo aparezca que uno quiso obligarse, queda obligado, y la doctrina inconcusa confirmada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 27 de Diciembre de 1873, con arreglo á la cual el mandante queda directamente obligado al cumplimiento de los contratos que el mandatario haya celebrado á su nombre dentro de los límites del mandato, en el concepto de que D. Segundo Gimilio, á nombre de D. Joaquín y Doña María del Pilar Pastors y Mateo, Doña Ma-

ría Ramona Gimilio y Doña Luisa Mateo, se obligó á respetar la opinión que sobre la cláusula testamentaria discutida emitieron las personas designadas de común acuerdo, y no habiendo los mandantes cumplido dicha obligación, debió desestimarse su demanda conforme á la ley y doctrinas citadas:

3.º La doctrina que establece, que sin previa petición y consiguiente declaración de nulidad, rescisión ó ineficacia de cualquier acto jurídico, válido con arreglo á la ley, no pueden contrariarse sus efectos legales; toda vez que el convenio ó transacción aludido en los dos motivos anteriores reune las condiciones que el derecho exige para su validez:

4.º El testamento de Doña Nicolasa Mateo, la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, y la jurisprudencia de este Tribunal consignada en sentencia de 9 de Noviembre de 1886, en el sentido de que, ya se atienda á la letra y al espíritu de la cláusula de institución y de aquellas otras en que se ordenan legados, resulta visible el propósito de la testadora de instituir pura y simplemente herederas del remanente de su caudal á sus dos sobrinas Doña Joaquina Sanjuanbenito y Doña Juana Mateo y Cascajares; lo cual contraría la aplicación que el Tribunal sentenciador ha hecho de los textos citados, verdaderas leyes del presente caso;

Y 5.º La ley 4.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, confirmada por multitud de fallos de este Tribunal Supremo, entre los que pueden citarse los de 1.º de Mayo de 1862 y 10 de Junio de 1865, por cuanto estableciéndose en ella que la sustitución vulgar queda sin efecto cuando el heredero instituído acepta la herencia, la Sala sentenciadora ha debido aplicarla al caso actual, reconociendo el derecho preferente de los recurrentes sobre los bienes procedentes de Doña Nicolasa Mateo, heredados puramente y sin condición por Doña Joaquina Sanjuanbenito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que el llamado convenio consulta á que aluden los tres primeros motivos del recurso, y que les sirve de fundamento, no puede ser obligatorio para los demandantes, porque diciéndose en él que la consulta había de ser aprobada y firmada por todos los interesados, sólo lo está por D. Eugenio Sanjuanbenito y D. Segundo Gimilio, sin que se supla la falta por el hecho de ser éste apoderado de aquéllos, pues precisamente con tal carácter convino en exigir el concurso personal de todos los interesados en la aprobación y firma de la consulta; aparte de que la sumisión de las cuestiones litigiosas á la decisión obligatoria de tres Letrados, es nula cuando no se formaliza el compromiso con arreglo al art. 791 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, según lo tiene declarado este Tribunal Supremo:

Considerando, por tanto, que no siendo el convenio ley para las partes, no ha podido infringirse, ni había para qué pedir su nulidad previamente, ni al estimar la demanda se ha faltado á la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, infracciones alegadas en los tres motivos citados:

Considerando que entendidas llanamente, como exige la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, las palabras del testamento otorgado por Doña Nicolasa de Mateo, es evidente que nombró herederas universales á sus sobrinas Doña Joaquina Sanjuanbenito y Mateo y Doña Juana Francisca Mateo; pero previendo el caso de que muriesen sin hijos y sin haber contraído matrimonio, llamó con respecto á Doña Joaquina, á Doña Aureliana de Mateo, madre de ésta, permitiéndole dejar en usufructo á su marido D. Eugenio Sanjuanbenito lo que heredase, cuyos bienes habían de recaer en sus sobrinos carnales de padre y madre ó sus hijos por iguales partes, y en su caso por representación en sus segundos sobrinos:

Considerando que no habiendo sido heredera Doña Aureliana de Mateo, que murió antes que su hija Doña Joaquina, y habiendo fallecido ésta sin hijos y en estado de soltera, debe recaer la herencia en los sobrinos llama-

dos en tercer lugar; y al disponerlo así la sentencia recurrida, ni infringe la citada ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, ni la jurisprudencia á que alude el motivo 4.º:

Considerando que es inaplicable y no ha podido infringirse la ley 4.ª, título 5.º, Partida 6.ª, invocada en el último motivo, porque no se trata en el presente caso de una institución vulgar que espira en el momento que el heredero instituído cede la herencia del testador, porque aquí, éste previó, que aun después de adida podría morir su heredera soltera y sin hijos, y para este caso, así como para el en que no llegase á heredar Doña Joaquina, llamó á la madre de ésta, permitiéndola disponer del usufructo en favor de su marido; pero llamando á sus sobrinos para después de la muerte de éste, de donde se sigue que D. Eugenio Sanjuanbenito no pudo disponer de los bienes que su hija heredó de Doña Nicolasa Mateo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis Sanjuanbenito Castrillo y D. Eudosio Villalaín Sanjuanbenito, á quienes condenamos al pago de todas las costas; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 19 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

189 (*)

RECURSO DE CASACIÓN (19 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Rescisión de contrato.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Alonso Fernández en pleito con D. Alonso y Doña María Fernández (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que mediante la conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia, y no haber obtenido el recurrente en sentencia firme la declaración de pobreza para litigar en los autos de su referencia, hallándose pendiente el incidente incoado al efecto, ha debido constituir el oportuno depósito, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1698 de la ley de Enjuiciamiento civil, y no habiéndolo verificado, es inadmisible el recurso, conforme á lo prevenido en el núm. 2.º del 1729 de la misma ley, y reiteradamente declarado por el Tribunal Supremo.

Resultando que en autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de primera instancia de Pola de Siero y la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Alonso y Doña María Fernández con D. Alonso Fernández, sobre rescisión de cierto contrato, se entregó á la representación de este último certificación extendida en papel de oficio, comprensiva de la sentencia del referido Juzgado y de la que en 2 de Marzo del corriente año pronunció la también mencionada Sala, confirmando aquélla con las costas, apareciendo consignada en la misma certificación; que librada carta orden para acreditar si el predicho demandado se hallaba declarado pobre, se hizo constar por medio de oportuno testimonio, que si bien aquél había incoado la correspondiente demanda de pobreza, aun no se había dictado en ella sentencia:

Resultando que con la mencionada certificación ha interpuesto el Don Alonso Fernández recurso de casación por infracción de ley, sin acompa-

(*) Por error material, que hemos comprobado, se inserta esta sentencia en la *Gaceta* como publicada el 19 de Julio de 1891.—(*N. de la R.*)

ñar documento que acredite haber hecho el correspondiente depósito; oponiéndose el Ministerio fiscal á que se admita dicho recurso.

Siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que mediante la conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia, y no haber obtenido el recurrente en sentencia firme la declaración de pobreza para litigar en los autos de su referencia, hallándose pendiente el incidente incoado al efecto, según aparece de la certificación con que interpone el recurso, ha debido constituir el oportuno depósito, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1698 de la ley de Enjuiciamiento civil, y no habiéndolo verificado, es inadmisible dicho recurso, conforme á lo prevenido en el núm. 2.º del 1729 de la misma ley, y reiteradamente declarado por este Tribunal Supremo;

No ha lugar á admitir el expresado recurso de casación interpuesto por D. Alonso Fernández, sin hacerse declaración respecto á costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 19 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

190

COMPETENCIA (19 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Acumulación de autos.*—Se declara no haber lugar á la propuesta por el Juez de primera instancia del distrito del Sur de Madrid al de igual clase de Huesca de los autos ejecutivos promovidos por D. Antonio Lalaguna contra D. Fernando de la Cerda, á los de testamentaría necesaria de D. Juan José Cernecio, y se resuelve:

Que según el art. 166 de la ley de Enjuiciamiento civil, no procede la acumulación de los juicios ejecutivos á un juicio universal cuando sólo se persiguen los bienes hipotecados, salvo el caso previsto en el art. 133 de la ley Hipotecaria.

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Junio de 1891, en el incidente que pende ante Nos, á consecuencia de acumulación acordada por el Juez de primera instancia del distrito del Sur de esta capital, al juicio de testamentaría necesaria concursada de D. Juan José Cernecio, antes de la Cerda, Conde que fué de Parcent y otros títulos, de que conoce, de los autos ejecutivos seguidos por D. Antonio Lalaguna y Sanz, contra D. Fernando de la Cerda y Carvajal, actual Conde del mencionado título, sobre pago de pesetas, en el de igual clase de Huesca, que se opone á dicha acumulación; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo D. Mariano Marco, depositario y administrador de los bienes de dicha testamentaría, y el mencionado D. Antonio Lalaguna, respectivamente, dirigidos y representados por los Letrados D. José Esteve y D. Juan Alvarado y los Procuradores D. Pedro Mariano Palacios y D. Luis Lumbreras:

Resultando que D. Fernando de la Cerda y Carvajal, Conde de Parcent, de Contamina y otros títulos, y D. Antonio Lalaguna y Sanz otorgaron en Huesca el 4 de Diciembre de 1882 escritura, inscrita en el Registro de la propiedad de aquella ciudad en 10 de Enero siguiente, por la cual dijo el primero ser dueño en absoluta propiedad y dominio de un castillo denominado de la Mezquita, con sus tierras y edificios adyacentes, sito en los términos jurisdiccionales de Ortilla, de 13.512 fanegas aragonesas, equivalentes á 966 hectáreas poco más ó menos de extensión, cuyos lindes

se detallan; finca que le fué adjudicada en precio de 152.100 pesetas, á virtud de otra escritura otorgada á su favor por el Juez de primera instancia de aquella capital en 18 de Marzo de 1881, inscrita en el Registro de la propiedad, gravada con la carga de que se hizo mérito; y convenido con el D. Antonio Lalaguna en que aquél le entregaría en concepto de préstamo la cantidad de 25.000 pesetas con la hipoteca del descrito inmueble, lo recibía en el acto del D. Antonio, comprometiéndose á devolverla al mismo en la expresada ciudad y en moneda de oro ó plata precisamente, siempre y cuando quisiera reclamarla, con cuantas costas, daños, intereses y perjuicios se ocasionaran para su cobro; verificándose aquel préstamo al 6 por 100 anual, pagado por anualidades vencidas el día 4 de Diciembre de cada año, y para la seguridad de las 25.000 pesetas con sus réditos constituyó el ya nombrado Conde de Parcent hipoteca voluntaria sobre la finca descrita:

Resultando que el mismo D. Fernando de la Cerda suscribió en esta corte el 11 de Febrero de 1888, diciendo ser vecino de Ortilla, partido judicial de Huesca, un pagaré para el mes de Agosto siguiente, á la orden y en el domicilio del D. Antonio Lalaguna y Sanz por la cantidad de 2.500 pesetas, valor recibido del mismo:

Resultando que para el reconocimiento de la firma del pagaré de que se acaba de hacer mérito, acudió el D. Antonio al Juzgado de primera instancia de Huesca pidiendo la citación del D. Fernando de la Cerda, que fué acordada, y se verificó hasta por tercera vez, últimamente con el apercibimiento de haberle por confeso, como se le hubo, por auto de 15 de Enero de 1889, en la legitimidad de dicha firma y en la certeza de la deuda de las 2.500 pesetas reclamadas, al objeto de despachar ejecución, la que pidió el repetido Lalaguna se despachase contra el D. Fernando de la Cerda, por esta última suma, las 25.000 pesetas de la escritura de 4 de Diciembre del 82 que acompañó, y 1.500 más por la última anualidad vencida de intereses del préstamo realizado en aquella escritura, ó sea en total 29.000 pesetas; formulando, á tal propósito, demanda de 14 de Febrero de 1889:

Resultando que despachada la ejecución sin verificar el deudor el pago, se embargó en 16 de Marzo del mismo año la repetida mencionada finca castillo de la Mezquita con sus bienes y edificios adyacentes, anotándose preventivamente el embargo en el Registro el 1.º de Abril del propio año; y seguido el juicio sin oposición al demandado, recayó en 23 de los mismos mes y año sentencia de remate, que quedó consentida:

Resultando que entrado dicho juicio en la vía de apremio, se llevó á él una certificación del Registrador de la propiedad para acreditar las cargas con que se hallara gravado el inmueble embargado, apareciendo, entre otras inscripciones y anotaciones que en aquélla se expresan: una hipoteca por peculio del D. Fernando de la Cerda y Carvajal, menor entonces de dieciocho años, constituída por su padre D. Juan de la Cerda, Conde de Parcent, á la muerte de su esposa Doña Fernanda Carvajal y de Queralt, por 71.578 escudos 492 milésimas la anotación de testamentaría necesaria por muerte del D. Juan de la Cerda, Conde de Parcent, la adjudicación de la Mezquita al D. Fernando de la Cerda por el Juzgado de Huesca para hacerle pago de su crédito dotal, procedente de su madre, que constituía su peculio, asegurando con hipoteca de aquélla; la hipoteca por el préstamo de 25.000 pesetas al mismo D. Fernando por el D. Antonio Lalaguna y Sanz, y el arrendamiento de la Mezquita á D. Eduardo Cornejo y Villarreal, por seis años, en 10.070 pesetas cada uno:

Resultando que continuada la predicha vía de apremio, se requirió al D. Fernando de la Cerda para la presentación de los títulos de propiedad de la finca embargada; y como no la verificase, se reclamó de conformidad

á lo dispuesto en el art. 1493 de la ley de Enjuiciamiento civil la correspondiente certificación, que expidió el Registrador de la propiedad de Huesca en 31 de Octubre del año próximo pasado, expresando aparecer aquélla inscrita en pleno dominio á favor de D. Fernando de la Cerda y Carvajal, por adjudicación que le hizo el Juzgado de primera instancia del partido con fecha 18 de Marzo de 1881, en pago del crédito dotal de su madre Doña Fernanda Carvajal; y previa la oportuna tasación, se mandó proceder al remate de la repetida finca, señalándose para verificarlo el día 9 de Marzo del corriente año; en cuyo estado del juicio ejecutivo se recibió en el Juzgado que conocía del mismo el requerimiento relativo al incidente de acumulación de que hoy se trata:

Resultando que según aparece de un auto dictado por el Juez de primera instancia del distrito del Sur de esta corte el 5 de Febrero de 1890, en escrito de 25 de Enero anterior el entonces depositario administrador de la testamentaría concursada del último Conde que fué de Parcent, Don Salvador Olaya y Jiménez, pidió que se separara á D. Fernando de la Cerda y Carvajal, Conde de dicho título, de la posesión de la finca La Mezquita, confiriéndola á aquél, librando exhorto al Juzgado de Huesca para que se le pusiera en la enunciada posesión, anotándose en el Registro de la propiedad; pretensiones á que se accedió en el citado auto, dejando para ello sin efecto lo acordado por otro de 10 de Julio de 1886, en el cual, según lo que se consigna también, entre otros particulares, en los fundamentos de que se está refiriendo, se mandó restituir al D. Fernando de la Cerda en la ante dicha posesión, con la cualidad de interina ó provisional, sin perjuicio del resultado de la demanda declarativa por él interpuesta:

Resultando que al mismo Juzgado del distrito del Sur acudió con escrito de 31 de Diciembre del citado año 1890, D. Macario Marco, como depositario administrador de la repetida testamentaría concursada, exponiendo: registrase entre los bienes que constituían el activo de aquélla, la finca castillo de la Mezquita, cedida por el Conde de Parcent en arrendamiento á tercera persona por término de seis años, que concluirían en el de 1893, de la cual, en virtud de exhorto de aquel Juzgado al de Huesca, que protestaba devolver tan pronto como estuviere totalmente cumplimentado, se había dado posesión, en que continuaba quieta y pacíficamente, al D. Macario Marco, quien había tenido necesidad de respetar el contrato de arrendamiento indicado, sin perjuicio por esto de deducir en su caso cuantas acciones correspondieran á la testamentaría; habiendo llegado recientemente á su noticia seguirse en el Juzgado de Huesca, á instancia de D. Joaquín (así dice) Lalaguna autos ejecutivos contra el Conde de Parcent sobre pago de 25.000 pesetas, intereses y costas, en los que bajo el equivocado concepto de pertenecerle, estaba embargada la expresada finca, á cuya venta se iba á proceder en la vía de apremio de aquellos autos, en que ninguna intervención había tenido la testamentaría, ni se la dirigía reclamación alguna de pago:

Resultando que apoyado en los indicados hechos, invocó el D. Macario Marco lo dispuesto en los artículos, entre otros que citó, 160, 161, causas 3.ª y 4.ª, 166 y 171 de la ley de Enjuiciamiento civil, el 133 de la Hipotecaria vigente y lo resuelto en diferentes sentencias de este Tribunal Supremo, entre ellas las de 21 de Febrero de 1885, 19 de Diciembre de 1874, 5 de Enero de 1886 y 14 de Julio de 1888, así como también el principio de derecho, en virtud del cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; principio que se vulneraría si continuase el de que trataba contra una finca perteneciente á la testamentaría concursada y de que estaba en posesión, sin entenderse con ella el procedimiento; en consecuencia de todo lo cual, y sosteniendo el D. Macario tener personalidad como tal depositario administrador para pedir la acumulación del expre-

sado juicio ejecutivo al de testamentaría, y proceder dicha acumulación, pidió la acordase aquel Juzgado del distrito del Sur, reclamando del de Huesca los autos seguidos á instancia de D. Antonio Lalaguna contra el Conde de Parcent, sobre pago de 25.000 pesetas de principal, intereses y costas, anunciándole para en su caso la oportuna competencia:

Resultando que con el escrito que se acaba de referir y testimonio comprensivo del auto de 5 de Febrero de 1890, también expresado, consignándose además en el propio testimonio quiénes eran parte en la testamentaría, y hallarse entre ellas el D. Macario Marco Pérez, como depositario administrador, se formó pieza separada, entregándose copias simples de dicho escrito á las restantes representaciones de aquéllas, de las cuales la de la Condesa viuda de Parcent se allanó á la acumulación, estimándola el Juzgado en auto de 4 de Febrero del corriente año, fundado: en que, á tenor del art. 161, causa 3.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, debe decretarse dicha acumulación, cuando haya un juicio de concurso ó de quiebra, al que se halle sujeto el caudal contra que se formule cualquier demanda, como sucedía en el presente caso, en el que el juicio ejecutivo pendiente en el Juzgado de Huesca se dirigía contra una finca perteneciente y sujeta al universal de testamentaría necesaria concursada, al que, según la causa 4.ª del propio artículo, eran acumulables los autos en que se formularan acciones contra el caudal de la misma, sin obstar á ello el haber recaído sentencia firme de remate en los indicados autos ejecutivos, pues para este efecto no se tenían por terminados mientras no quedase pagado el ejecutante, ó se declarara la insolvencia del ejecutado, á tenor del art. 167 de la citada ley, y en que la acumulación estaba solicitada por parte legítima para ello, por lo cual, lo antes expuesto, y haberse cumplido en la tramitación lo determinado en los artículos 160, 171, en su párrafo primero, y 172 de la misma ley, se estaba en el caso de proveer con arreglo á los 173 y 174:

Resultando que librados los oportunos testimonio y oficio al Juzgado de Huesca, se prestó por éste audiencia á D. Antonio Lalaguna, que solicitó se denegase la acumulación reclamada, alegando, en resumen, al efecto, no ser nueva en la testamentaría del Conde de Parcent la petición de acumulación de autos pendientes en aquel Juzgado, pues hacía cerca de veinte años, entablado interdicto respecto á cuatro montes que se decretó, se recibió á seguida oficio del del distrito del Hospital de esta corte, expresivo de haberse declarado acumulables dicho interdicto y otro, y repetida la acumulación, este Tribunal Supremo, en 3 de Enero de 1872, después de consignar, resolviendo la competencia, haber elegido el demandante con perfecto derecho el punto en que estaba sita la cosa, con preferencia al en que radicaba la testamentaría, declaró sin lugar la acumulación, bastando la jurisprudencia entonces sentada para repeler la actual pretensión de Marco; ejercitarse por Lalaguna en los autos ejecutivos la acción real hipotecaria sobre la finca Castillo de la Mezquita, sita en el partido de Huesca, y embargada como del dominio del ejecutado, inscrito en el Registro de la propiedad, sancionando la regla 3.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, la competencia en el asunto del Juzgado de Huesca, sin obstar á ello el hallarse acumulada la acción del pagaré en cantidad muy inferior á la hipotecaria, tomada en cuenta la regla 1.ª del citado artículo; no tener D. Macario Marco personalidad legítima para pedir la acumulación, como lo exige el art. 160 de la misma ley, por ostentar sólo el carácter de depositario administrador de la testamentaría, no debidamente justificado en el testimonio remitido; no hallarse formulada la demanda ejecutiva contra el caudal de la testamentaría, por no corresponder á la misma, sino á D. Fernando de la Cerda, la finca embargada, no pudiendo, por tanto, apoyarse la acumulación en las causas 3.ª y 4.ª

del art. 161 de la repetida ley, que además en el 166 dispone no proceder aquélla de los juicios ejecutivos á uno universal, cuando sólo se persiguen los bienes hipotecados, salvo el caso de excepción previsto en el 133 de la Hipotecaria, no aplicable al presente; no existir irregularidades ni nulidades en el juicio ejecutivo, por no haberse entendido con la testamentaría, dado lo ya expuesto de no pertenecerla la finca Castillo de la Mezquita, y corresponder su pleno dominio al ejecutado D. Fernando de la Cerda, teniéndole inscrito, según había certificado el Registrador de la propiedad, siendo también el mismo D. Fernando poseedor material y legal y verdadero tenedor de ella, cual lo comprobaba el arrendamiento que hizo y aun subsistía, y lo decretado improcedentemente para la incautación y toma de posesión por la testamentaría de la propia finca, en el auto de 5 de Febrero de 1890, muy posterior al embargo efectuado en 16 de Marzo del 89 y anotado en 1.º de Abril siguiente, aparte de que el requerimiento al poseedor para que según derecho aragonés solvente la deuda ó desampare la finca que del deudor posea, es potestativo; y contener las sentencias de este Tribunal Supremo invocadas en apoyo de la acumulación una doctrina contraproducente á tal propósito, mediante á que en las de 25 de Febrero de 1885, 19 de Diciembre de 1874, 5 de Enero de 1886 y 14 de Julio de 1888, se resolvió no haber lugar á las de su referencia, no tratándose en la última de ellas de ningún juicio ejecutivo, y consignándose en el cuarto considerando de la de 5 de Enero de 1886, que contra la acumulación existe la razón de que el ejercicio de una acción real corresponde realizarla ante el Juez del lugar en que el inmueble se halle sito, viniendo informadas en parecido sentido las demás citadas, y siendo varias las que con su doctrina forman jurisprudencia contra la acumulación reclamada, entre ellas la de 19 de Noviembre de 1888, que establece no proceder la de los juicios ejecutivos á una universal, cuando se persiguen bienes hipotecados en garantía del crédito reclamado; y la de 8 de Marzo de 1889, según la cual no es acumulable á un juicio de concurso otro ejecutivo contra bienes hipotecados especialmente:

Resultando que el referido Juzgado de Huesca, en auto de 9 de Marzo último, se opuso á la acumulación, según lo pretendido por parte de Don Antonio Lalaguna, y para ello consideró: que éste ejercitaba la acción real hipotecaria sobre la finca Castillo de la Mezquita contra D. Fernando de la Cerda, Conde de Parcent, vecino del distrito de Ortilla, en aquel partido, en el cual radica también dicha finca embargada como del dominio del ejecutado, é inscrita, en tal concepto, en el Registro de la propiedad; que en los juicios en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles, es Juez competente el del lugar en que se halla sita la cosa litigiosa, y si bien en el que se proveía ejercitaba el actor una acción personal por el pagaré obrante en autos, en cantidad muy inferior á la real hipotecaria á que aquélla estaba acumulada, claramente se determinaba la competencia de aquel Juzgado en la regla 1.ª del art. 62 de la ley Procesal, por cuanto la obligación debía cumplirse en Huesca, y el deudor tenía su domicilio en Ortilla, del mismo partido, según constaba en el mencionado pagaré; que no procede la acumulación de los juicios ejecutivos á un juicio universal cuando sólo se persiguen los bienes hipotecados, salvo el caso de transferencia de éstos á tercera persona que, mediante requerimiento de pago y oponiéndose, tome parte en el procedimiento ejecutivo contra aquellos bienes, sin que las reclamaciones de un tercero puedan suspender dicho procedimiento si no están fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores, conforme á lo dispuesto en los artículos 166 de la ley de Enjuiciamiento civil y 133 de la Hipotecaria; y que la testamentaría concursada del Conde de Parcent no se había opuesto en aquel ejecutivo, como parte legítima, reclamando de-

rechos basados en un título anteriormente inscrito, pues si bien aparecía á su nombre en el Registro de la propiedad una anotación de testamentaría necesaria, esto no argüía que la finca embargada perteneciese en pleno dominio al concurso, cuando, por el contrario, según los asientos de aquella oficina y certificación de cargas del Registrador unida á los autos, el Castillo de la Mezquita se hallaba inscrito en pleno dominio á favor del ejecutado D. Fernando de la Cerda, por adjudicación judicial de 18 de Marzo de 1881, en pago del crédito dotal de su madre; en cuyo concepto, y como poseedor material y legal, le fué embargada en aquellos autos á las responsabilidades reclamadas por Doña Antonia Lalaguna, á la seguridad del cual le había sido especialmente hipotecada:

Resultando que á su vez el Juzgado del Sur insistió en la acumulación por el mismo decretada, elevando, en su consecuencia, á este Tribunal Supremo la pieza separada que formó con motivo de dicho incidente, así como también ha remitido el de Huesca los autos ejecutivos de su razón, y se ha dado á la contienda entablada la tramitación correspondiente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que, según el art. 166 de la ley de Enjuiciamiento civil, no procede la acumulación de los juicios ejecutivos á un juicio universal cuando sólo se persiguen los bienes hipotecados, salvo el caso previsto en el art. 133 de la ley Hipotecaria:

Considerando que en el caso actual no se ha dirigido la reclamación contra los bienes de la testamentaría necesaria concursada de D. Juan José Cernecio, antes de la Cerda, sino contra los del dominio de D. Fernando de la Cerda, especialmente hipotecados al crédito del ejecutante, no siendo aquí aplicable la excepción del citado art. 133 de la ley Hipotecaria;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á la acumulación de autos propuesta por el Juez de primera instancia del distrito del Sur de esta corte al de igual clase de Huesca, á los que se devolverán las actuaciones que respectivamente han remitido, con la certificación correspondiente, siendo las costas originadas de cuenta respectiva de las partes.—(Sentencia publicada el 19 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 5 de Septiembre del mismo año.)

191

RECURSO DE CASACIÓN (20 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Posesión y propiedad de un inmueble.*—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Foncillas en pleito con D. Martín Ordás (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

Que procede declarar vicioso y mal entablado un interdicto de recobrar, si en éste alegó el supuesto despojado que era único dueño y poseedor del inmueble en cuestión, con cuyo carácter obtuvo la restitución del mismo por entero, y sólo ha justificado tener derecho á la mitad proindiviso:

Que la anulación del fallo restitutorio con sus naturales consecuencias, interesa en primer término al supuesto despojante, á quien la ley faculta para poder alcanzar la debida reparación en el juicio plenario correspondiente:

Que la cesión hecha por aquél á una Sociedad comanditaria, como accionista gerente de la misma, de la mitad proindiviso que le pertenecía en el inmueble objeto del interdicto, no le priva del derecho á reclamarla para entregarla á la expresada Sociedad ó para seguir poseyéndola en su propio nombre:

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las Observancias de Aragón, 22, de fide instrumentorum, *libro 2.º, y 39,* de generalibus privilegiis totius Regni Aragonum, *libro 6.º:*

Que no cabe recurrir en casación contra los considerandos de las sentencias:

Que atacándose una sentencia como incongruente, no es pertinente la cita de la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, sino la del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que es, en su caso, el aplicable:

Que no es incongruente la sentencia que decide puntos comprendidos en la demanda y discutidos en el pleito:

Que no es de estimar la infracción del principio de lite pendente nihil innovetur, *con referencia á pleitos que tienen entre sí distinto objeto, sin que lo resuelto en uno se oponga á lo pedido en el otro:*

Que si la sentencia condena al demandado á la devolución de los frutos correspondientes *al demandante desde que aquél, por virtud de un interdicto promovido por el segundo, fué desposeído de la mitad de un inmueble que proindiviso poseían ambos, es claro que no estando, como no están, comprendidos en el fallo, no debe responder el demandante de los que no se deban al demandado desde aquella fecha, cualquiera que sea la causa, y que habrán de descontarse de la liquidación que se practique:*

Que por esto, aun cuando en algún tiempo del período mencionado hubiese el demandante poseído el inmueble en unión del demandado, no es la sentencia incongruente con la demanda, si en ésta se pidió el abono de los frutos producidos y debidos producir, percibidos y debidos percibir, correspondientes al actor, y los daños y perjuicios que al mismo se hubiesen irrogado con el mencionado interdicto.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Sariñena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por D. Martín Ordás y Cabero con Don Manuel Foncillas y Vara, propietarios, vecinos de Zaragoza, sobre posesión y propiedad de parte de una fábrica y abono de frutos, daños y perjuicios; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación el Letrado D. Juan Alvarado y el Procurador D. Juan Antonio Asensio, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Antonio Gabriel Rodríguez y el Procurador D. Luis García Ortega:

Resultando que por Real orden de 11 de Abril de 1864 se autorizó á D. Martín Ordás y á D. Manuel Foncillas para aprovechar las aguas del río Alcanadre como fuerza motriz de una fábrica de harinas que se proponían construir, con cuyo fin, por escritura de 12 de Septiembre de 1862, que fué inscrita en el Registro de la propiedad de Sariñena, adquirieron ambos un campo de fanega y media de cabida, poco más ó menos, en término de Pertusa, partido de Riera, expresando que lo adquirían á *igualdad de derecho;* y por escritura de 8 de Abril de 1865 hicieron constar que formaban una Sociedad para la reconstrucción de un molino harinero, bajo la razón social de Ordás y Foncillas, con iguales derechos y obligaciones, y que la fábrica con su acequia y demás había de pertenecerles por iguales partes:

Resultando que D. Martín Ordás, como accionista, Gerente de la Sociedad La Industrial Aragonesa, cedió á esta misma Sociedad por escritura de 4 de Marzo de 1870, inscrita en 12 de Abril siguiente, la participación que le correspondía en la fábrica de harinas de Pertusa, precisando en dicha escritura lo que constituía la mitad proindivisa de dicha fábrica, estimada en 40.000 escudos, á que se limitaba la cesión:

Resultando que en 11 del susodicho mes de Marzo dedujo D. Manuel Foncillas en el Juzgado de primera instancia de Sariñena interdicto de recobrar la posesión de la fábrica de harinas, sita en Pertusa, de que había sido despojado por D. Martín Ordás, ofreciendo justificación acerca de

que desde su construcción se hallaba en la quieta y pacífica posesión de ella como dueño y señor, y respecto de los actos constitutivos de despojo; y tramitado el juicio sin audiencia de Ordás, dictó el Juez auto restitutorio en 12 de Abril, que fué cumplimentado en 26 del mismo mes, dando posesión de la fábrica á la esposa de Foncillas, autorizada por éste con poder:

Resultando que D. Martín Ordás dedujo á su vez otro interdicto en 22 de dicho mes de Abril para recobrar asimismo la posesión de la parte que le correspondía en la precitada fábrica de Pertusa, de que había sido despojado por Foncillas; habiéndose dictado auto restitutorio por el Juez de Sariñena en 29 del mismo mes, en cuyo cumplimiento se dió posesión á Ordás de la mencionada fábrica en 1.º de Mayo siguiente, sin perjuicio de la que en ella tenía y disfrutaba su consocio Foncillas, y remitidos ambos interdictos á la Audiencia de Zaragoza, en virtud de apelaciones que dedujeron los respectivos interesados, fueron acumulados y dictó en ellos sentencia la Sala de lo civil en 15 de Febrero de 1871, confirmando el auto restitutorio recaído en el interdicto deducido por Foncillas, y declarando nulo é ineficaz el promovido por Ordás, con imposición al mismo de las costas de ambos; y en su cumplimiento se dió posesión á Foncillas de la citada fábrica en 7 de Julio de 1871, y acreditado además el pago de las costas por Ordás, se declararon terminadas las diligencias por auto de 26 de Marzo de 1872:

Resultando que D. Martín Ordás, por sí y como Gerente además de la Sociedad comanditaria por acciones La Industrial Aragonesa, dedujo en 12 de Mayo de 1871 la demanda civil ordinaria que ha motivado este pleito, con la solicitud de que se declarase vicioso y mal entablado el interdicto promovido por D. Manuel Foncillas, resolviendo en su lugar que la posesión y propiedad de la fábrica de harinas de Pertusa correspondía al mismo en unión del demandante, sus herederos ó causahabientes en su caso, y condenando á Foncillas á la devolución de los frutos percibidos, que debiera haber percibido y producido, y que percibiere y debiere percibir y producir en adelante correspondientes á Ordás, además á la de todas las costas sufragadas y que subfragase Ordás en el interdicto, y al abono de todos los daños, perjuicios y menoscabos que le hubiera irrogado con el susodicho interdicto, los que se fijarían á su tiempo por medio de peritos ú otra forma legal, todo sin perjuicio de lo que criminalmente procediera en su día; y en apoyo de estas pretensiones expuso los hechos que se dejan relacionados, alegando además: que Foncillas había reconocido clara y paladinamente que la finca sólo le pertenecía en su mitad, pidiendo la división é intervención judicial en varios documentos; que el demandante aportó á la Sociedad La Industrial Aragonesa, de que era Gerente, su participación en la fábrica de Pertusa, sin perjudicar ni afectar en lo más mínimo los derechos de Foncillas, que siempre había respetado; que éste, al paso que había sostenido en el interdicto que ningún derecho tenía el alegante en la fábrica en cuestión de que era único dueño y poseedor, manifestaba en demanda que en 27 de Abril de 1870 había deducido en el Juzgado de Huesca, que era condueño de la fábrica en unión de Ordás; y que si hasta el poseedor de buena fe se obliga á la devolución de frutos desde la contestación á la demanda, justificándose con los hechos que dejaba expuestos y documentos que acompañaba la mala fe con que había procedido Foncillas desde la incoación del interdicto, era evidente que procedía condenarle á la devolución de los frutos producidos, debidos producir y los que pudiera haber producido y no se hubiese verificado por su culpa ó negligencia durante el tiempo que hubiera poseído y poseyere la fábrica con exclusión del demandante:

Resultando que D. Manuel Foncillas opuso á dicha demanda en forma

debida las excepciones dilatorias de incompetencia de jurisdiccion, litis pendencia, en el Juzgado de Huesca, y falta de personalidad en el demandante, y tramitado el artículo en dos instancias, fué resuelto por sentencia que en 25 de Noviembre de 1871 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza desestimando las dos primeras excepciones y declarando en cuanto á la tercera que D. Martín Ordás podía agitar su demanda sólo á nombre propio y no en el de una Compañía ó Sociedad que ninguna participación había tenido en el juicio, causa y motivo del presente, y que si en algo podía afectar sus intereses, conservaría expedita su acción para ejercitarla cuando viere convenirle:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado de su procedencia, reprodujo Ordás su demanda con la manifestación de que se entendiera ejercitada sólo en nombre propio y no en el de la Sociedad La Industrial Aragonesa, en cuyos términos se confirió traslado de ella á Foncillas, y acusada á éste la rebeldía, se tuvo por contestada á la demanda, y evacuó el demandante el trámite de réplica, reproduciendo las pretensiones de su demanda:

Resultando que utilizando Foncillas el trámite de dúplica impugnó la demanda, pidiendo se le absolviera de ella con imposición al demandante de perpetuo silencio y pago de costas, y que se tuvieran por hechas ciertas protestas y reservas que no son del caso, alegando, en cuanto ofrece relación con el recurso interpuesto, que el demandante carecía, no sólo de personalidad, sino de todo título para reclamar la propiedad, ni derecho alguno á la mitad de la fábrica de harinas de que se trataba, lo cual no podía reclamar ni como particular ni en la representación que se había atribuído de la Sociedad La Industrial Aragonesa; que aparte de esto, aun teniendo el demandante los títulos de propiedad que falsamente alegaba, mientras no llegara á practicarse la liquidación de cuentas que ante el Juzgado de Huesca le tenía reclamada y se determinara por dicha liquidación la coparticipación que hubiera podido tener Ordás en la fábrica ó derecho á ser reintegrado de las cantidades que se hubiese entregado para la construcción de la misma, no podría accederse á lo que solicitaba; que el mismo demandante tenía reconocido que su participación en la fábrica de harinas ó su valor, ó la mitad de la misma, como él decía, la había enajenado á la susodicha Sociedad, á quien, por lo tanto, correspondía exclusivamente; y que la restitución á favor del alegante en la posesión de la fábrica no se había verificado hasta 7 de Julio de 1871, ó sea mucho después de deducida la demanda de este pleito:

Resultando que recibidos los autos á prueba, se suministraron por ambas partes extensas justificaciones, figurando entre ellas el cotejo con su original, que resultó conforme, de una copia que presentó Ordás de la demanda deducida contra él por Foncillas en el Juzgado de Huesca en 27 de Abril de 1870, en cuya súplica pidió, entre otras cosas, que se acordara la división de la fábrica por mitad entre sus condueños, ó sean ambos litigantes, ó la venta en su caso en subasta pública, y se hizo constar además, con la oportuna certificación traída por la parte demandante, que en el pleito incoado en Huesca fué desestimada la acumulación que de estos autos pretendió D. Manuel Foncillas; siendo, por último, de advertir que en la segunda instancia de este pleito obtuvo D. Martín Ordás un auto de fecha 3 de Abril de 1879, por el que se decretó el secuestro de la mitad de la fábrica con retención de todos los frutos correspondientes á dicha mitad:

Resultando que sustanciado el pleito en dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza sentencia confirmatoria con las costas en 8 de Febrero de 1888, declarando vicioso y mal entablado el interdicto promovido por D. Manuel Foncillas en 11 de Marzo de 1870 con-

tra D. Martín Ordás, y que la propiedad y posesión de la fábrica de harinas de Pertusa corresponde proindiviso á los indicados D. Manuel Foncillas y D. Martín Ordás, y condenando en su virtud á Foncillas á dejar á la libre disposición de Ordás la mitad indivisa de dicha fábrica, á la devolución al mismo Ordás de los frutos percibidos y producidos que debiera haber percibido y producido y que percibiere y debiere percibir y producir en adelante, correspondientes al mismo demandante desde el día 26 de Abril de 1870, en que fué desposeído de sus derechos á dicho artefacto; á reintegrar al mismo Ordás de todas las costas del interdicto incoado por Foncillas, pagadas y exigidas á aquél; á abonar también á Ordás todos los daños, perjuicios y menoscabos que con motivo del interdicto se le hayan podido irrogar, que se fijarían en su día por medio de peritos ú otra persona legal; y mandando, por último, sacar testimonio de lo necesario luego que la sentencia fuese firme, para proceder á lo que hubiera lugar contra los testigos de que se valió Foncillas en el interdicto de que se trata: reservando al demandante Ordás su derecho para formular la oportuna denuncia respecto á las falsedades que pudieran contener algunos de los documentos privados unidos á los autos, con imposición de las costas de primera instancia al repetido D. Manuel Foncillas:

Resultando que, previo el depósito de 1.000 pesetas exigido en la ley, interpuso D. Manuel Foncillas recurso de casación, fundado en los números 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón de los siguientes motivos:

1.º Porque al estimar el fallo recurrido la acción interpuesta por Don Martín Ordás en propio nombre, reclamando derechos que con anterioridad había cedido y traspasado por escritura pública á la Sociedad La Industrial Aragonesa, por considerar que Ordás continuaba siendo dueño del bien enajenado por no haber hecho entrega material del mismo á la Sociedad á cuyo favor lo traspasó, infringe la observancia 22, de *fide instrumentorum,* libro 2.º, que dice: *Item ex quo instrumenta, donationi venditionis, vel cambii alicuiis rei inmobilis facta sunt et in eis traditio possessionis contineatur, licet traditio possessionis de facto non fueri facta, incontinenti ille in quem res est alicuota, facto instrumento dictorum contratum est Dominus et habetur pro possessore illius rei licet de facto non dum eam apprehendideri, nec de facto fuerit ei tradita,* etc.; la observancia 39, de *generalibus privilegiis totius Regni Aragonum,* libro 6.º, que declara de un modo terminante: *In Aragonia in contractibus habitis cum carta sine traditione transfectur dominium quod habet alineans;* y la observancia única, de *pactis inter emptorem et venditorem,* que dice: *In Aragone in contratibus habitis eum carta, etiam sine traditione transfectum dominium,* toda vez que Ordás ni siquiera se limitó á pedir la nulidad del interdicto, sino que solicitó se declarase su coparticipación en la fábrica; es decir, el derecho con anterioridad cedido á La Industrial Aragonesa, en cuyo nombre no podía litigar, según la regla de derecho, *nemo alieno nomine, lege agere potest,* y la terminante declaración de la sentencia dictada por la Sala sentenciadora en 25 de Noviembre de 1871:

2.º Por infracción de la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, que dice: «Como cuando se pide cosa indeterminada y general no debe el Juez condenar en cosa determinada y cierta», toda vez que la sentencia recurrida condena al recurrente á dejar á la libre disposición de Ordás la mitad indivisa de la fábrica, cuando Ordás se había limitado á pedir en sus escritos de demanda y réplica que se declarase que la mencionada fábrica correspondía á Foncillas en unión de Ordás, sin solicitar parte determinada ni señalar porción cierta y concreta de la propiedad de dicha fábrica; así como del principio de derecho, *Lite pendente nihil innovitur,* en el concepto de que consta que ambas partes litigantes siguen otro pleito en el Juzgado de

Huesca, promovido por el recurrente con anterioridad á éste, sobre determinación de la participación social de cada uno en la fábrica, según el resultado de la liquidación de las cantidades con que respectivamente hubiesen contribuido á la creación ó construcción de aquélla:

3.º Porque el mismo concepto infringe la sentencia la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.ª, toda vez que habiendo pedido Ordás en su demanda la parte de frutos de la fábrica producidos y debidos producir que le correpondiesen, la sentencia condena al recurrente á abonar la mitad de dichos productos; incurriendo, por tanto, en el mismo defecto antes señalado:

4.º Porque habiendo solicitado el demandante los frutos producidos y debidos producir, percibidos y debidos percibir correspondientes á él, y los daños y perjuicios y menoscabos que le hubiese irrogado el demandado con el mencionado interdicto, siendo claro que esta pretensión se limitaba necesariamente al tiempo en que el recurrente hubiese sido poseedor único de la fábrica por virtud del interdicto, como la sentencia recurrida, á más de señalar una fecha determinada, lo que no había hecho el actor, condena al recurrente á devolver la mitad de los frutos de un período en que no fué único poseedor, sino que lo fué en unión de Ordás, según se declara en el resultando quinto y aparece además plenamente demostrado en autos por las diligencias de la toma de posesión de Ordás y Foncillas respectivamente, de las cuales consta que Ordás tomó posesión de la mitad de la fábrica conjuntamente con Foncillas en 1.º de Mayo de 1870, y continuó en ella hasta el 7 de Julio de 1871, en que se ejecutó la sentencia restitutoria obtenida por Foncillas en el interdicto; constando además que desde el 8 hasta el 18 de Abril de 1879 poseyó igualmente Ordás por medio de un administrador judicial en unión de Foncillas, resulta evidente que la sentencia, al condenar al recurrente á devolver á Ordás la mitad de los productos de la fábrica en esos períodos en que Ordás poseyó juntamente con Foncillas, cuando aquél había limitado su pretensión á los productos de que se le privara por el interdicto, infringe la citada ley 16, tít. 22 de la Partida 3.ª, y la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en numerosas sentencias, de las que citaba sólo la de 17 de Diciembre de 1874, en que se declara que el fallo que concede más de lo pedido infringe la citada ley de Partida;

Y 5.º Porque al condenar la sentencia recurrida á Foncillas á devolver á D. Martín Ordás la mitad de los frutos de la fábrica percibidos y producidos que debiera haber percibido y producido y que percibiere y debiere percibir en adelante, correspondientes al mismo demandante desde 26 de Abril de 1870, fecha en que Ordás fué desposeído de sus derechos á dicho artefacto, incurre en notorio error de hecho en la apreciación de la prueba, que se demuestra por documentos y actos auténticos, cuales son las actas de posesión judicial dada á Ordás en 1.º de Mayo de 1879 y á Foncillas en 7 de Julio de 1871, de las cuales aparece la equivocación evidente en que ha incurrido el Tribunal *a quo* al declarar que Ordás quedó desposeído desde el 26 de Abril de 1870 en adelante, cuando consta de los referidos documentos, según se deja expresado en el anterior motivo, que Ordás estuvo en posesión de la fábrica conjuntamente con Foncillas, y por tanto percibiendo los frutos desde el 1.º de Mayo de 1870 al 7 de Julio de 1871, fecha en que fué dada á Foncillas la posesión judicial de la totalidad de la fábrica.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que, según declara la Sala sentenciadora, sin que su apreciación haya sido impugnada en legal forma, D. Manuel Foncillas, que alegó en el interdicto de recobrar promovido á su instancia que era único dueño y poseedor de la fábrica de harinas de que se trata, y que

obtuvo con ese carácter la restitución de ella por entero, sólo ha justificado tener derecho á la mitad proindiviso de dicho inmueble:

Considerando que la anulación del fallo restitutorio dictado en el referido interdicto, con sus naturales consecuencias, que es el objeto principal de este litigio, interesa en primer término al supuesto despojante, á quien la ley faculta para poder alcanzar la debida reparación en el juicio plenario correspondiente; y que si bien resulta que la otra mitad de la fábrica, de la pertenencia de D. Martín Ordás, fué por éste cedida ó aportada como accionista gerente á la Sociedad comanditaria La Industrial Aragonesa, esa cesión no priva al demandante del derecho á reclamar dicha mitad, ó para entregarla á la expresada Sociedad, á quien fué negada su intervención en estos autos, por no haber sido parte en el interdicto de que proceden ó para seguir poseyéndola en su propio nombre, si la Sociedad no tuviese existencia legal, como asegura el demandado:

Considerando que por las razones anteriormente expuestas, que sirven de principal apoyo á la sentencia recurrida y que explican y determinan su sentido y alcance; y porque además lo que realmente se impugna es otro de sus fundamentos, contra los cuales no cabe recurrir en casación, son inaplicables y no han podido por tanto infringirse las Observancias de Aragón que se invocan en el motivo primero:

Considerando que en los dos motivos siguientes se cita como infringida la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, en lugar del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sería en todo caso el aplicable; y que aparte de esto, la sentencia no es incongruente por ninguno de los conceptos que en dichos motivos se expresan, porque la participación en la fábrica que se ha discutido en el pleito, la resultante de documentos públicos que no han sido impugnados, y á la que claramente se refiere la demanda, es la mitad indivisa que en el fallo se otorga; y porque los frutos pedidos son también los correspondientes á la misma mitad:

Considerando que es igualmente inaplicable el principio de derecho invocado además en el motivo 2.º, de *Lite pendente nihil innovetur,* porque aun prescindiendo de que estos autos tienen distinto objeto que el de los incoados por D. Manuel Foncillas en el Juzgado de Huesca como lo prueba el haber sido denegada la acumulación pretendida en aquel otro pleito, y el no haberse estimado en éste la excepción de *litis pendencia,* es lo cierto que en la demanda promovida en dicho Juzgado de Huesca se pidió, entre otras cosas, la división *por mitad* de la fábrica litigiosa en favor de ambas partes, á lo cual no se opone lo resuelto por el fallo reclamado al declarar como declara que aquélla corresponde proindiviso á uno y otro condueño:

Considerando que tampoco existe la incongruencia ni el error de hecho alegados en los motivos 4.º y 5.º, porque la sentencia rectamente entendida, sólo condena al demandado á la devolución de los frutos *correspondientes* al demandante desde que éste fué desposeído de la mitad de la fábrica por virtud del interdicto promovido por aquél, y es claro, por consiguiente, que los que no se deban á Ordás por el Foncillas desde aquella fecha, cualquiera que sea la causa, no estando, como no están, comprendidas en el fallo, no debe responder de ellos el recurrente y habrán de descontarse en la liquidación que se practique;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Manuel Foncillas, á quien condenamos al pago de las costas, y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada el 20 de Junio de 1891, inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

192

Recurso de casación (20 de Junio de 1891).— Sala tercera.— *Entrega de valores.*—No ha lugar, en parte, al interpuesto por D. Juan Cañellas y otros en pleito con D. Román Muret (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que si en los motivos del recurso se combate la apreciación hecha en la sentencia sobre la prueba testifical, siendo ésta del criterio del Juez ó Tribunal, y no demostrándose que la Sala sentenciadora haya faltado á regla alguna de crítica racional reconocida como tal ley ó jurisprudencia, ni cometido, por tanto, error de derecho ni de hecho, resultante este último de documentos ó actos auténticos, por no serlo las declaraciones testificales, es evidente que el recurso en esta parte se halla comprendido en el núm. 9.º del art. 1729 de la misma ley.

Resultando que por sentencia de 22 de Enero del corriente año, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, revocando la dictada por el Juzgado de primera instancia de Tarragona, condenó á D. Juan y Don D. Luis Cañellas y Tomás y á Doña Angela Tomás y Masalles, en nombre propio y como legítima administradora de los bienes de su hijo menor Don Rafael Cañellas y Tomás, en el concepto en que estaban demandados, á entregar al actor D. Román Muret, como heredero de Doña Eulalia Cañellas y Gallisá, 16 títulos de renta perpetua al 3 por 100 interior, números 44.208 á 211, 134.176, 163.890 y 213.588 de la serie *A* y 27.179 á 27.187 de la serie *D*, con todos los cupones que á dichos títulos iban unidos en 12 de Mayo de 1880; y en su defecto, á dar cuenta de los mismos, abonando su importe y el de los cupones vencidos, con deducción de los gastos hechos en cumplimiento del encargo; practicándose la consiguiente liquidación en el período de ejecución de la misma sentencia; sin hacer expresa condena de costas:

Resultando que contra la enunciada sentencia han interpuesto dichos demandados recurso de casación por infracción de ley, fundado en cinco conceptos ó motivos; alegando en el tercero de ellos, la infracción de los artículos 659, 660 y 661 de la de Enjuiciamiento civil; del usatge 3.º, tít. 16, libro 4.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña; de la ley 4.ª, tít. 16, Partida 3.ª, y de las sentencias de este Supremo Tribunal de 28 de Junio de 1852, 27 de Diciembre del 57, 6 de Noviembre del 58, 5 de Abril del 62, 8 de Enero del 63, 14 de Mayo y 15 de Junio del 64, 27 de Marzo del 65, 9 de Abril del 68 y 3 de igual mes del 69; pues si bien la apreciación de la prueba pertenece á la Sala sentenciadora, ésta debe sujetarse á la crítica racional y principios de buena lógica, y en el caso presente se ha faltado abiertamente á la sana crítica, por ser sabido que, habiéndose suministrado por los recurrentes únicamente la prueba testifical y no habiéndola suministrado en contrario el recurrido en punto á las excepciones, cuatro testigos de buena fama, con las condiciones de los del pleito, hacen plena fe, cuando no se les contradice en ninguna forma; y en el 4.º y sus respectivos números 2.º y 5.º, errores de hecho que constan en documentos ó actos auténticos, que demuestran la equivocación evidente del Tribunal sentenciador; porque contra el dicho de D. León y D. Luis Leal, quienes expresan en sus declaraciones que hablan de referencia á la misma Doña Eulalia, la sentencia sienta que tales referencias deben reputarse únicamente de simples referencias á D. Rafael, por ser los padres é hijo Leal vecinos de Madrid, punto que no era la residencia de Doña Eulalia, suposición tan ab-

surda como que, no solamente pasa por encima de las declaraciones de ambos testigos, que son un documento auténtico, sino que además D. León Leal fué Jefe de Fomento de la provincia de Tarragona durante largos años, casi todos sus hijos nacieron en aquella provincia, él y sus hijos conocían y trataban á Doña Eulalia, y tanto de él como de su hijo D. Luis, que también fué empleado en dicha provincia, consta su permanencia oficial en la *Gaceta de Madrid*, en el *Boletín oficial* de Tarragona y en el Archivo del Gobierno civil de la misma provincia, y porque se dice que no se ha probado, ni intentado probar que Doña Eulalia aprobó la delegación hecha por el mandatario, y precisamente en el apuntamiento y en la sentencia, lo propio que en las probanzas, consta que cuatro testigos adveran que Doña Eulalia supo y aprobó la delegación, como consta por la certificación de la Dirección general de la Deuda y por tratarse de títulos que fueron amortizados, que el mandatario D. Rafael no podía por sí mismo cumplir el encargo ó la comisión:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso en cuanto á los expresados motivos y á otro de que hace mérito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que en la infracción 3.ª y números 2.º y 5.º de la 4.ª consignadas en el recurso como otro de los motivos de casación, se combate la apreciación hecha en la sentencia sobre la prueba testifical; y que siendo ésta del criterio del Juez ó Tribunal, por la facultad que les concede el artículo 659 de la ley Procesal, no demostrándose que en el caso presente se haya faltado á regla alguna de crítica racional reconocida como tal ley ó jurisprudencia, ni cometido, por tanto, error de derecho ni de hecho, resultante este último de documentos ó actos auténticos, por no serlo las declaraciones testificales, es evidente que el recurso en esta parte se halla comprendido en el núm. 9.º del art. 1729 de la misma ley;

Se admite el recurso de casación interpuesto por D. Juan y D. Luis Cañellas y Doña Angela Tomás Masalles, ésta por sí y como madre del menor D. Rafael Cañellas, excepto en cuanto al motivo 3.º y á los números 2.º y 5.º del 4.º, respecto á los cuales se declara no haber lugar á su admisión; publíquese este auto en la forma prevenida en la ley, y pasen los de su razón á la Sala primera de este Tribunal Supremo.—(Auto fecha 20 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 7 de Septiembre del mismo año.)

193

RECURSO DE CASACIÓN (20 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Pago de cantidad.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por Doña Ana Ventura Moya en pleito con Doña Dolores Martinez (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que la Sala tercera tiene declarado en repetidos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1698 de la ley de Enjuiciamiento civil, que para eximirse de la constitución del depósito establecido en dicho artículo es preciso haber obtenido por sentencia firme la declaración de pobreza para litigar, y que esta situación excepcional interesa á la misma parte recurrente que resulte acreditada al formular el recurso, siendo á ella sólo imputable la falta de tal justificación:

Que el no haberse constituído el depósito correspondiente en los casos que la ley lo exige, por ser las sentencias dictadas conformes de toda conformidad, impide la admisión del recurso de casación, conforme á lo establecido en el art. 1729, caso 2.º, en relación con el 1728.

Resultando que en autos procedentes del Juzgado de primera instancia

del distrito de Santo Domingo de Málaga, promovidos por Doña Ana Ventura Moya con Doña Dolores Martínez Moscoso, representada por su marido D. Antonio Moscoso, sobre pago de cantidades, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada en 16 de Febrero próximo pasado, confirmando con las costas la que había dictado el Juzgado:

Resultando que Doña Ana Ventura Moya ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, sin acompañar el depósito exigido en la ley ni manifestar la razón de no haberlo constituído, constando sólo de los antecedentes que se tienen á la vista que dicha parte recurrente viene defendiéndose como pobre:

Resultando que el Ministerio fiscal se opuso á la admisión del recurso por dos razones, consistiendo la primera en no haberse hecho el depósito correspondiente, por ser conformes de toda conformidad las sentencias de primera y segunda instancia, y no haber acreditado la recurrente que esté declarada pobre para litigar por sentencia firme.

Siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que esta Sala tiene declarado en repetidos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1698 de la ley de Enjuiciamiento civil, que para eximirse de la constitución del depósito establecido en dicho artículo, es preciso haber obtenido por sentencia firme la declaración de pobreza para litigar, y que esta situación excepcional interesa á la misma recurrente que resulte acreditada al formular el recurso, siendo á ella sólo imputable la falta de tal justificación:

Considerando, además, que el no haberse constituído el depósito correspondiente en los casos que la ley lo exige, por ser las sentencias dictadas conformes de toda conformidad, impide la admisión del recurso de casación, conforme á lo establecido en el art. 1729, caso 2.º, en relación con el 1728;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Ana Ventura Moya, á quien se condena al pago de las costas; líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.—(Auto fecha 20 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 7 de Septiembre del mismo año.)

194

Recurso de casación (23 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Pago de cantidad.*—Ha lugar al interpuesto por Doña Juliana González y otro en pleito con D. Marcelino Vior (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que el tomador de una letra de cambio expedida con la cláusula de valor en cuenta, queda responsable á satisfacer su importe al librador, ó compensárselo, aunque al celebrar el contrato de cambio no hayan pactado cosa alguna respecto al tiempo y modo de cumplir esa obligación, porque al consagrarla por modo expreso el art. 428 del antiguo Código de Comercio, lejos de derivarla de tal pacto adjunto al contrato, la presupone contraída al par de su celebración, por lo mismo que, no mediando en dicho acto cantidad ni valor efectivo y de presente, sino dos promesas mutuas con cargo á la cuenta que exista abierta ó se abra de nuevo entre las partes interesadas, evidente es que una vez pagada la letra queda expedito el derecho del librador á exigir su importe al tomador, ó bien á compensárselo, según el resultado que arroje dicha cuenta:

Que si bien es cierto que en el caso de haberse convenido el tiempo y forma de liquidar el importe de la letra, está subordinada la responsabilidad del to-

mador á lo que con el librador hubiere pactado; y que no estando más que indicado en la letra, debe probarse el pacto por otros medios por aquel que lo invoque en apoyo de su derecho, no lo es menos que, á falta de convenio expreso sobre dicho punto, ha de suplirse la voluntad de los interesados por las reglas generales relativas al cumplimiento de las obligaciones;

Que no estimándolo así la Sala sentenciadora, infringe dicho artículo y el 260 del mismo Código.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del partido de Ribadeo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por D. José María Martínez Marzo y Bengoechea, comerciante, y luego por su viuda Doña Juliana González Santamarina, propietaria, y su hijo D. Francisco Martínez y González, Abogado y comerciante, vecinos de dicha villa de Rivadeo, con Don Marcelino Vior y Travieso, Médico, vecino de Castropol, sobre pago de cantidad, pendiente ante Nos á virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la parte demandante, dirigida y representada por el Letrado D. Felipe Sánchez Román y el Procurador D. José María Aguirre, habiéndolo estado el demandado y recurrido por el Licenciado D. Fermín Vior y el Procurador D. Celestino Armiñán:

Resultando que D. Marcelino Vior y Travieso contrajo matrimonio en 12 de Febrero de 1885 con Doña Josefina Martínez, hija de D. Emilio, del cual fué albacea su hermano D. José María Martínez Marzo Bengoechea, quien en 18 de Abril del mismo año entregó al D. Marcelino una letra de cambio de 5.000 pesetas librada por él, á cargo de Migueletorena é Hijos, de Madrid, y orden de D. Fermín Vior, hermano del D. Marcelino, valor en cuenta con éste;

Resultando que según carta de 28 del mismo mes de Abril de 1885, dirigida por D. José de Ortueta á D. Servando Ruiz Gómez, le acompañaba con ella tres acciones del Banco de España á favor del D. Marcelino G. Vior, que al precio de 330 por 100, más 6 reales de corretaje, hacían 19.806, que con 194 que le incluía, componía los 20.000, importe de la letra á cargo de Migueletorena é Hijos, que Ruiz Gómez le había entregado con endoso de D. Fermín Vior:

Resultando que D. José María Martínez, como albacea de su hermano D. Emilio, formó y presentó á la aprobación judicial las operaciones divisorias del caudal por éste relicto en el supuesto noveno, de las cuales decía: «De la herencia del D. Emilio tengo entregadas á la Doña Josefina á cuenta de su legítima y recibió el mismo D. Marcelino Vior, después de contraer matrimonio, 5.000 pesetas»; y opuesto éste á la aprobación de dichas operaciones, se sustanció la oposición por los trámites legales, y Don José María Martínez sostuvo que D. Marcelino Vior había recibido la letra de cambio por dichas 5.000 pesetas á cargo de Migueletorena é Hijos, orden de su hermano D. Fermín y valor en cuenta con el mismo D. Marcelino, sin que éste tuviera con él cuentas distintas de las relativas á la entrega de herencia de su esposa Doña Josefina; á lo que replicó el Don Marcelino, que celebrado su matrimonio en la casa del D. José María Martínez, siendo padrinos el mismo y su esposa Doña Juliana González, á las pocas horas ésta le manifestó que el D. José María la había dicho que la entregara 1.000 duros, regalo que hacía á Josefina, por ser sobrina á quien profesaba especial afecto y distinción, por lo que le dió las gracias, ofreciéndole recoger el dinero cuando llegara la oportunidad de colocarlo con ventaja, como sucedió en Abril siguiente, significando entonces á la Doña Juliana que deseaba recibir en letra sobre Madrid las 5.000 pesetas regaladas á su esposa, á lo que contestó aquélla que no había inconveniente, añadiendo la advertencia de que D. José ponía á su disposición hasta 40.000

reales; mas como él se reservó para más adelante recoger el resto de la suma ofrecida, recibió la letra de 5.000 pesetas, de las que dió al D. José, aunque éste no se lo exigió, resguardo, expresando haber recibido esa cantidad en concepto de donación hecha por el D. José á su esposa; pero enfriadas posteriormente las relaciones de amistad, no le había sido posible hacer efectivas las otras 5.000 pesetas ofrecidas; recayendo en 31 de Marzo de 1888 sentencia, que quedó firme, por la cual se declaró al D. José María Martínez obligado á reformar las operaciones divisorias presentadas á la aprobación en cuanto á comprender íntegra la partida de 233 del inventario, de la que en el proyecto sólo figuraba la mitad, y que no se supusieran como entregadas á cuenta de la legítima de Doña Josefina las 5.000 pesetas recibidas del albacea por D. Marcelino, aprobando en todo lo demás dichas operaciones divisorias, y reservando al José María Martínez su derecho para reclamar del D. Marcelino las referidas 5.000 pesetas, lo mismo que á la Doña Josefina para pedir al D. José lo que creyera que éste adeudaba á la herencia del D. Emilio:

Resultando que previo acto conciliatorio celebrado sin avenencia en 21 de Abril de 1888, D. José María Martínez Marzo dedujo en 19 de Mayo siguiente demanda, en que ejercitando acción personal, solicitó se condenara á D. Marcelino Vior á que le pague 5.000 pesetas con el interés legal de 6 por 100 desde que se constituyó en mora, por su oposición á ello en el acto de conciliación, con las costas á que había dado y diera lugar; alegando al efecto la entrega al D. Marcelino de la letra á la orden de su hermano D. Fermín, con la cláusula de ser las 5.000 pesetas valor en cuenta con el D. Marcelino, con cuya entrega se propuso pagar parte de los fondos procedentes de la herencia de su hermano D. Emilio, correspondientes á su sobrina Doña Josefina, ya casada con aquél, consignándolo así, en armonía con tal propósito, en el supuesto noveno de las particiones; mas como la Doña Josefina y su marido negaran la certeza de ese supuesto, y en el juicio declarativo seguido se les arguyera con la citada letra, el Don Marcelino había reconocido, no sólo que la había pedido, sino que él se la había dado, pero manifestando haber aceptado aquella suma en concepto de donación ó regalo, en el cual entendía la cláusula de valor en cuenta; y que ese litigio se resolvió como antes queda dicho:

Resultando que D. Marcelino Vior impugnó la demanda reconociendo haber recibido la letra que hizo efectiva su hermano D. Fermín, y manifestando ignoraba los propósitos que al entregarla animaran á D. José María Martínez, si bien á juzgar por lo que antes y en ese mismo acto pasó, había entendido y seguía entendiendo fueron aquellos propósitos los de entregarle 1.000 duros á cuenta de los 2.000 que el D. José, por conducto de su esposa, ofreció como regalo á Doña Josefina, sobrina carnal de ambos, que vivía en su compañía, quedando su persona y bienes á cargo de aquél, como curador testamentario, cual lo estuvieron hasta el matrimonio; que en tal inteligencia entregó entonces el demandado al D. José, y éste guardó, un recibo simple expresándolo así claramente, sin haber tenido cuenta alguna particular con aquél; que de las operaciones divisorias y del precitado juicio resultaba que cuantas entregas hizo aquél al exponente y á su esposa fueron objeto de recibos que obraban en el legajo de comprobantes, sin embargo de lo cual el D. José declaró bajo juramento en aquel juicio no tener resguardo de las 5.000 pesetas, y en uno de sus escritos dió á entender habérsele traspapelado; que D. Raimundo Rogina, encargado primeramente de formalizar las operaciones divisorias, declaró en aquel pleito que el D. José, en las diferentes conferencias habidas acerca del asunto, jamás pretendió cargar á la Doña Josefina las 5.000 pesetas; y que era de mucha significación lo consignado por el D. José en el supuesto noveno de las repetidas operaciones:

Resultando que al replicar Martínez reprodujo las alegaciones de la demanda, agregando ser inexacto tuviera recibo de las 5.000 pesetas, ni otro resguardo que el que envolvía la cláusula de valor en cuenta de la letra, como también lo era se hubiese procurado recibo de las cantidades entregadas á Doña Josefina, según constaba en los autos de testamentaría, en los que no se justificaron todas las datas con recibos, ni figuraban en cuenta muchas y muy importantes partidas entregadas al D. Marcelino y á su esposa, extremos estos dos últimos que Vior negó en la dúplica, diciendo, por el contrario, presentar aquellas cuentas muestra elocuente de lo precavido y previsor que el D. José había sido para hacerse de comprobantes, aun respecto de cantidades pequeñas; continuándose la demás tramitación del pleito en dos instancias, incluso el probatorio en ambas; y en la segundo declaró D. José María Martínez Marzo, á virtud de posiciones formuladas por Vior, no ser cierto que le hubiera ofrecido primero y entregado después espontáneamente las 5.000 pesetas; pues el facilitárselas en la letra de cambio, fué en la creencia de que se las pagarían tomándolas en cuenta de la legítima que tenía que entregar á Doña Josefina, y á no ser por esto no se las hubiera prestado sin exigirle alguna garantía, propósitos que expresó al estampar en la letra de cambio la cláusula de valor en cuenta; que respecto á los derechos hereditarios de Doña Josefina, tenía satisfechas todas sus cuentas, y que aquélla y su marido le debían algunas cantidades que en su día les pediría:

Resultando que ocurrido en dicho estado de los autos el fallecimiento del demandante, comparecieron en los mismos su viuda é hijo Doña Juliana González y D. Francisco Martínez, dictando la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en 12 de Diciembre del año último, sentencia revocatoria, por la cual se absuelve de la demanda á D. Marcelino Vior, con reserva á los herederos de D. José María Martínez Marzo de su derecho para que lo ejercitaran en la forma que vieren convenirles; sin hacer especial condena de costas de primera ni de segunda instancia:

Resultando que Doña Juliana González Santamarina y D. Francisco Martínez y González han interpuesto recurso de casación, invocando los números 1.º, 3.º y 4.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

1.º Violación é interpretación errónea del art. 428 del Código de Comercio de 1829 aplicable al caso, precepto trasladado literalmente al 445 del de 1885, según el que: «las cláusulas de valor en cuenta y valor entendido, hacen responsable al tomador de la letra del importe de ella, en favor del librador, para exigirlo ó compensarlo en la forma y tiempo que ambos hayan convenido al hacer el contrato de cambio»; y de la doctrina sentada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 7 de Enero de 1873, que interpretando el citado art. 428 del Código de Comercio de 1829, declara: «que cuando el librador de una letra se da por satisfecho de su valor bajo la forma de en cuenta, con el tomador de ella, *queda éste responsable de su importe en favor de aquél para exigirlo* ó compensarlo en la forma y tiempo que ambos hayan convenido»; en relación dicho precepto y esta doctrina con el art. 260 del citado Código de 1829, que dispone que «las obligaciones que no tienen término prefijado por las partes son exigibles á los diez días después de contraídas»; en cuanto el fallo recurrido, después de consignar en sus fundamentos la entrega sin causa de deber por D. José María Martínez Marzo á Vior de 5.000 pesetas, por medio de una letra de cambio en la que la expresión de su importe se sintetiza en las palabras «*valor en cuenta* con D. Marcelino Vior»; cantidad que éste hizo efectiva é invirtió en acciones del Banco de España, y de entender la Sala sentenciadora no estar probada la excepción de donación alegada por Vior, absuelve á éste de la demanda; pues confesada por dicho Vior la enunciada entrega

sin causa de deber, y comprobado el hecho por otros elementos probatorios distintos, de él nace la obligación de devolver aquella cantidad sin término prefijado:

2.º Violación é interpretación errónea de la doctrina sentada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de Diciembre de 1880, que declara: «que la obligación que impone el art. 428 del Código de Comercio al tomador de la letra con las cláusulas de valor en cuenta y valor entendido, está subordinada á la forma y condiciones convenidas al celebrar el contrato de cambio, y por lo tanto es preciso acreditarlo por otros medios que la letra misma, donde no está más que indicado»; en relación esta doctrina con el ya mencionado art. 260 del Código de Comercio; infracción intimamente relacionada con la anterior, y realizada en tanto que el fallo recurrido, después de haber reconocido ser un hecho cierto, por confesión del demandado Vior, haber éste recibido las 5.000 pesetas importe de la letra, lucrándose de ellas, y de considerar improbada la excepción de donación, *única alegada por el demandado,* le absuelve de la demanda, fundándose en que hay que acreditar el contrato de cambio por otros medios que la letra misma, donde no está más que indicado; pues si bien en este caso la letra ha sido, en efecto, la indicación primera con sus palabras «valor en cuenta con D. Marcelino Vior», ha hecho *en principio responsable á éste del importe de ella* mientras no se pruebe la compensación; viniendo luego elementos extraños á la letra y distintos de ella, como son la confesión del demandado en sus escritos de contestación y de dúplica, la carta de Don José de Ortueta y el testimonio referente al pleito anterior sobre aprobación de las operaciones testamentarias de D. Emilio Martínez, á comprobar que Vior recibió como valor en cuenta las 5.000 pesetas que no ha abonado á D. José Martínez; siendo de consiguiente este hecho productor de una obligación pura, sin término prefijado para el pago y exigible á los diez días, cumpliéndose así todas las condiciones requeridas en el art. 428 del Código y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo; sin poderse decir que faltara el consentimiento de D. Marcelino Vior para la existencia de la obligación, porque pudo devolver la letra y no hacerla efectiva:

3.º Infracción de la ley 8.ª, tít. 3.º, Partida 3.ª, según la que, «conoscen á las vegadas los demandados lo que les demandan en juicio. Pero ponen luego defensiones ante sí, que han pagado ó fecho aquello que les demandan, ó que los demandadores les ficieron pleito que nunca ge lo demandassen. E por ende dezimos que en tales razones como éstas ó en otras semejantes dellas, que deve el juzgador dar plazo al demandado á que prueve la defensión que oviese puesta ante sí. E si la probare devel dar por quito de la demanda. E si al plazo que fuere puesto non pudiesse provar la defensión, devel dar por vencido de la demanda»; y de la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en las sentencias de 31 de Octubre de 1865, de «que la prueba de las excepciones que se apoyan en una afirmación, incumbe al demandado, siendo procedente la acción deducida por el demandante»; de 20 de Junio de 1872, de «que el demandado que excepciona hechos afirmándolos, tiene el deber de aprobarlos para dejar sin valor ni eficacia la demanda, en lo que es contradicha por la excepción afirmativa»; y de 11 de Junio de 1868, de «que al demandado que reconoce lo que le demandan en juicio incumbe la obligación de probar las excepciones que opone, según la ley 8.ª, tít. 3.º, Partida 3.ª»; porque el fallo recurrido, después de considerar que la única excepción opuesta por el demandado, *la donación*, ha quedado improbada, y que el demandado Vior reconoce como cierta la entrega, sin causa de deber, de las 5.000 pesetas por medio de la letra, y que se lucró de dicha cantidad, pero entendió siempre ser un acto de donación del demandante Martínez, absuelve de la demanda al repetido Vior:

4.º Infringir, igualmente, el fallo recurrido la regla 17, tít. 34, Partida 7.ª, por la que «ninguno non deve enriquescer torticeramente con daño de otro», y la doctrina de las sentencias de este Tribunal Supremo, fechas 9 de Noviembre de 1866 y 4 de Mayo de 1874, entre otras muchas, según la primera de las cuales, «para tener aplicación el principio de que ninguno non debe enriquescer torticeramente con el daño de otro, es necesario justificar que el que se ha enriquecido ha sido torticeramente y con daño de otro», y conforme á la segunda, «el principio jurídico de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro», es aplicable sólo en el caso de que el enriquecimiento se haya verificado torticeramente, ó sea sin derecho y razón, por cuanto dicho fallo absuelve de la demanda á D. Marcelino Vior después de declarar improbada la donación de las 5.000 pesetas, única excepción opuesta á aquélla, y de reconocer la confesión del demandado de la certeza de la entrega de la expresada cantidad, sin causa de deber, por medio de una letra de cambio, en la que se sintetiza la expresión de valor con las palabras «en cuenta», y de haberse lucrado de la propia cantidad, empleándola en acciones del Banco de España, y si á esto se agrega haber declarado una sentencia firme no ser imputable aquella suma á la legítima de Doña Josefina Martínez, mujer de D. Marcelino Vior, con reserva á D. José Martínez del derecho para reclamarla de Vior, y ser el pleito actual consecuencia de dicha reserva, es evidente el enriquecimiento torticero, atendido que el D. Marcelino, una vez desechada la única excepción por él alegada, se lucra de una cantidad que no le corresponde, reteniéndola sin razón ni derecho en daño de Martínez;

Y 5.º Infringir, por último, el fallo recurrido, mediante no contener decisión sobre las pretensiones deducidas con oportunidad en el juicio, y comprender al propio tiempo disposiciones contradictorias, la ley 16, título 22 de la Partida 3.ª, que dispone: «afincadamente deve catar el juzgador qué cosa es aquella sobre que contienden las partes ante él en juicio, é otrosí, en qué manera facen la demanda é sobre todo qué averiguamiento é qué prueba es fecha sobre ella, é estonce deve dar juicio sobre aquella cosa»; el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, á tenor del cual: «las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con la demanda, y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando ó absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que han sido objeto del debate»; el 361 de la misma ley, que estatuye: «los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito»; la sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1867, según cuya doctrina: «con arreglo á la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.ª, y al art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Jueces y Tribunales deben dictar su fallo sobre lo que es objeto de la demanda, cuando ésta no contiene defecto legal, declarando, condenando ó absolviendo clara y precisamente, *sin usar de fórmulas ó salvedades que tiendan á dejar abierto un nuevo juicio sobre lo mismo que se ha ventilado en el que deben decidir,* ni, por consiguiente, aplazar ó dilatar la resolución de las cuestiones discutidas»; la de 11 de Noviembre del mismo año 67, que declara: «que según la ley de Partida y artículo de la de Enjuiciamiento civil citados, los Jueces y Tribunales deben dictar su fallo sobre lo que hubiere sido objeto de la demanda y excepciones contra ella opuestas, resolviendo las cuestiones discutidas sin negar ni aplazar *ni remitir á otro juicio su decisión»;* la de 30 de Diciembre de 1870, por la que: «fijadas con precisión las pretensiones de las partes, debe resolver sobre ellas el Tribunal sentenciador, admitiéndolas ó denegándolas de una manera clara y precisa, y cuando no lo ejecute infringe el artículo de la ley de Enjuiciamiento y la de Partida citados»; y,

finalmente, la de 7 de Octubre de 1882, la cual declara: «que según lo dispuesto en los artículos 359 y 361 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, *esencialmente conformes con lo que ordena el 61 de la antigua,* las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las pretensiones de las partes, haciendo las declaraciones que éstas exijan, absolviendo ó condenando, y resolviendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, sin que los Jueces ó Tribunales puedan, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones planteadas y discutidas»; toda vez absolver el precitado fallo de la demanda al demandado, *reservando al actor* D. José Martínez Marzo, hoy sus herederos, el derecho para ejercitarla en la forma que vieren conveniente, á pesar de tratarse de la reclamación de una cantidad por acción personal, en virtud de otra primera y expresa reserva de derechos hecha por sentencia firme, de haber reconocido Vior la certeza de la entrega, sin causa de deber, de las 5.000 pesetas, lucrándose con ella; y de declarar la misma sentencia recurrida no haberse probado la única excepción opuesta, porque semejante fallo es de los que menciona la referida de 10 de Abril de 1867, y obligaría á los herederos de Martínez á demandar de nuevo á Vior, en virtud de la segunda reserva de derechos, para que devolviera las 5.000 pesetas; ejercitando nuevamente la misma acción, reproduciendo iguales acciones y trayendo los propios documentos; lo que es dejar sin fallar el pleito, aplazar su resolución y dejar abierto un nuevo juicio sobre lo ventilado en el actual; y de otra parte, dados los antecedentes del asunto y los hechos que estima ciertos y probados la repetidamente enunciada sentencia, motivo del recurso, los dos extremos de su fallo son contradictorios entre sí, por estar en abierta pugna la absolución de la demanda, de un lado, y la reserva de derechos al actor de otro, supuesto haberse entablado el presente juicio á virtud de una primera reserva de aquello, ejercitando la acción personal para el cobro de esas pesetas entregadas al demandado y no pagadas, y presentando, al efecto, el documento que prueba la entrega.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que el tomador de una letra de cambio expedida con la cláusula de valor en cuenta, queda responsable á satisfacer su importe al librador, ó compensárselo, aunque al celebrar el contrato de cambio no hayan pactado cosa alguna respecto al tiempo y modo de cumplir esa obligación, porque al consagrarla por modo expreso el art. 428 del antiguo Código de Comercio aplicable á este pleito, lejos de derivarla de tal pacto adjunto al contrato, la presupone contraída al par de su celebración, por lo mismo que, no mediando en dicho acto cantidad ni valor efectivo y de presente, sino dos promesas mutuas con cargo á la cuenta que exista abierta ó se abra de nuevo entre las partes interesadas, evidente es que una vez pagada la letra queda expedito el derecho del librador á exigir su importe al tomador, ó bien á compensárselo, según el resultado que arroje dicha cuenta:

Considerando que si bien es cierto que en el caso de haberse convenido el tiempo y forma de liquidar el importe de la letra, está subordinada la responsabilidad del tomador á lo que con el librador hubiere pactado; y que no estando más que indicado en la letra, debe probarse el pacto por otros medios por aquel que lo invoque en apoyo de su derecho, no lo es menos que á falta de convenio expreso sobre dicho punto, ha de suplirse la voluntad de los interesados por las reglas generales relativas al cumplimiento de las obligaciones:

Considerando por ello que, aun prescindiendo de los antecedentes de este pleito, invocados por el demandante para explicar el concepto en que expidió la letra de cambio, y teniendo tan sólo en cuenta que el tomador de ella percibió su importe, alegando sin probarlo, para excusar su respon-

sabilidad, que según lo convenido debía tomársele en cuenta de una donación hecha por el librador, evidente es su obligación de reintegrarlo, por lo cual, y no entendiéndolo así la sentencia recurrida, infringe el mencionado art. 428 del antiguo Código de Comercio, y el 260, invocados en apoyo de los dos primeros motivos del recurso, así como la doctrina invocada en el 3.º:

Considerando que estimado el recurso por tales motivos, queda implícitamente estimado por el 4.º, en que se invoca la regla 17 del derecho, y resulta innecesaria la apreciación del 5.º, que se refiere á la incongruencia del fallo recurrido;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Juliana González Santamarina y D. Francisco Martín y González, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña en 12 de Diciembre del año próximo pasado.—(Sentencia publicada el 23 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

195

RECURSO DE CASACIÓN (23 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Entrega de bienes y productos y abono de intereses.*—No ha lugar al interpuesto por D. Emilio Giráldez en pleito con Doña Carmen Martínez (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que quien conserva en su poder bienes de otro, negociando con ellos y manejándolos con entera libertad, contrae la obligación que es natural y propia de todo el que administra bienes ajenos, cualquiera que sea el concepto en que lo haga, de rendir cuenta de su cargo:

Que la sentencia que así lo estima, siendo aquél su fundamento capital, y no de un modo seguro y terminante el de la gestión de negocios ajenos, no infringe las leyes 26 y 27, tít. 12, Partida 5.ª:

Que no por estar dispuesto á la entrega ó entregar á su dueño dichos bienes el obligado por aquel concepto, infringe la ley 17, tít. 34, Partida 7.ª, la sentencia que le impone la previa liquidación de los productos, porque una cosa es el capital y otra sus rendimientos ó intereses, si á éstos se contrae el fallo, consignando en uno de sus fundamentos que el demandado se enriquecería torticeramente, quedándose, por no rendir cuentas, con el producto de bienes ajenos.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Oeste de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, por Doña Carmen Martínez Espinosa, pensionista, con D. Emilio Giráldez y Fagúndez, empleado, como marido y representante legal de Doña María de la Paz Martínez Espinosa, ésta en concepto de heredera de D. Juan José Martínez Espinosa, todos de esta vecindad, sobre entrega de bienes y productos ó de su importe é intereses, previa liquidación; autos pendientes ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada, y en su defensa y representación el Licenciado D. Eduardo Covián y el Procurador D. Julián Merinero, habiendo llevado la de la parte demandante y recurrida el Letrado D. José Martínez Agulló y el Procurador D. Francisco de Paula Morales:

Resultando que á consecuencia del fallecimiento en Sanlúcar de Barrameda de D. Antonio Martínez Tacón el 27 de Junio de 1876, bajo disposición testamentaria, instituyendo por herederos á sus cinco hijos, D. Juan

José, D. Antonio, Doña María de los Dolores, Doña María Josefa y Doña Carmen, con mejora de ésta en el quinto; dirigió á la misma el D. Juan José una carta, fecha 9 de Septiembre del expresado año, comunicándola estar ya concluídas las particiones, sin quedar pendiente más que una cuenta, cuyo resultado no alteraría en cosa de importancia la liquidación, habiéndose quedado el D. Juan José por compra de una, y permuta en cuanto á otra, con las participaciones en vinos de sus hermanos, de que hizo mérito, y no descontarla á la Doña Carmen los gastos de funeral, entierro y misas que la tocaba pagar, importantes cerca de 12.000 reales, correspondiendo á aquélla, como resultado final, 146.832 por el quinto, y 140.966 por la legítima, en junto 287.798 reales, en partes proporcionales de fincas, créditos, metálico, y la mayor parte en vino; y añadió: «aunque la casa no se encuentra en un estado muy satisfactorio respecto á negocios, yo supongo que tu parte en el caudal podrá darte, si no ahora, más adelante, 12.000 reales al año, y con arreglo á esta suposición, que creo moderada, he hecho el adjunto proyecto para que lo estudies y me digas pronto tu parecer»:

Resultando que formalizada ante el Notario D. Plácido López de Iturralde en 26 de Junio de 1877 la partición de los bienes relictos al fallecimiento del mencionado D. Antonio Martínez, el mismo Notario López de Iturralde expidió á Doña Carmen Martínez Espinosa, con fecha 2 de Enero de 1878, testimonio de su hijuela, según el cual se adjudicó á aquélla, por legítima y mejora, la quinta parte de un crédito importante 425 pesetas 30 céntimos, otras 565 pesetas que su madre había recibido de más, y 77.485 con 78 céntimos en vinos, vasijas y efectos de bodega, formando estas partidas un total de 78.476 pesetas 8 céntimos; insertándose en dicho testimonio de hijuela una declaración consignada en la escritura de particiones indicada por los interesados otorgantes de ella, según la cual cada uno había recibido todos los bienes que le qnedaban adjudicados; permaneciendo, por entonces, los correspondientes á D. Antonio Martínez Espinosa en poder de su madre, y se daban mutuamente carta de pago y finiquito, obligándose á la evicción y saneamiento:

Resultando que el repetidamente mencionado D. Juan José entregó á su también enunciada hermana Doña Carmen diferentes cantidades hasta la de 64.319 pesetas 75 céntimos, de que aquélla le expidió como testamentario del difunto padre de ambos nueve recibos, fechados en 1.º de Junio, 15 de Septiembre y 31 de Diciembre de 1882, 10 de Septiembre de 1883, 22 de Abril y 11 de Mayo de 1885, 31 de Marzo de 1886 y 6 de Enero y 7 de Junio de 1887, expresando en ellos recibir la respectiva suma á que cada uno se refería, á cuenta de su legítima y mejora en el testamento otorgado por dicho su difunto padre; falleciendo el D. Juan José, también con disposición testamentaria, en que instituyó heredera á su hija Doña María de la Paz Martínez Espinosa, y una memoria protocolizada en la Notaría de Don Antonio Rodríguez Gálvez el 10 de Julio de 1888, en la que aparece la siguiente cláusula: «Entiéndase bien que las 15.000 pesetas que lego á mi hermana Doña Carmen se le entregarán después de que quede pagada en las 13.657 pesetas con 50 céntimos que importa la deuda que hoy tengo con ella; pero que mi hija y heredera, así como mis testamentarios, no están obligados á entregar á mi dicha hermana esta cantidad en metálico, sino en vinos, vasijas y enseres de bodega, que componían su ya citada mejora y legítima»:

Resultando que con motivo de la liquidación de la testamentaría del mencionado D. Juan José medió correspondencia entre el albacea de éste, D. Alfonso Chico de Guzmán, y Doña Carmen Martínez Espinosa, la que dirigió á aquél en 2 de Enero de 1889 una carta, manifestándole haberse enterado de la forma en que se trataba de liquidar la cuenta de la Doña

Carmen, por haber quedado su legítima y mejora paterna proindiviso en poder del D. Juan José, no pudiendo conformarse con ella, pues se perjudicaban sus intereses por las razones que extensamente expresó, habiendo sido considerado el D. Juan José por ella y su madre como jefe de la familia, por lo que obraba, en lo referente al caudal de su citada madre y al procedente de su padre, como dueño, sin dar cuenta ni habérselas pedido jamás Doña Carmen del negocio de vino, á pesar de tener invertida en él toda la herencia paterna, ya por el carácter particular de su hermano, ya por la falta de costumbre en ella en entender en esta clase de negocios, y también influyera quizás para que se entregase tan ciegamente á él la esperanza que tenía de que si no se aprovechaba entonces de sus bienes, algún día encontrarían sus hijos este beneficio, pues hallándose soltero, y habiendo vivido siempre unidos, no era de esperar la perjudicase; y que desde el momento en que sus bienes habían venido unidos ó mezclados con los de su hermano, debían correr igual suerte, estando á las utilidades del negocio; pero como aquél no había llevado libros de comercio, y si los llevaba, la Doña Carmen no los conocía, comprendía fuese acaso difícil, si no imposible, hacer un balance de ganancias ó pérdidas, y en este caso no tendría inconveniente en que se buscara la equivalencia de dichas utilidades por el cómputo de un interés anual, en compensación de los productos que la correspondían, deduciendo, como era natural, las cantidades recibidas á cuenta; á cuya carta contestó el predicho albacea al día siguiente, en lo relativo al último extremo de la misma, creer, como Doña Carmen, era de equidad darla productos ó consignarla intereses, y si sus atribuciones fueran otras, todo lo arreglaría inspirándose en aquélla; poniendo el mismo en nueva carta del 7 del propio mes de Enero de 1889, en conocimiento de la repetida Doña Carmen, que sobre la cuestión pendiente de productos ó intereses, insistía Doña Paz en consultar con personas competentes, y ella le enteraría de lo que la dijeran:

Resultando que dicha Doña Paz Martínez Espinosa otorgó en 9 de Febrero de 1889 escritura de descripción de los bienes quedados al fallecimiento de su padre y de aceptación de la herencia de éste, insertándose en el testimonio traído á los autos, con referencia á aquélla, el supuesto cuarto de los consignados por el albacea Chico de Guzmán, expresivo de que en la memoria testamentaria declaraba aquél la cantidad que debía á su hermana Doña Carmen, resto del importe de su mejora y legítima en el testamento de su difunto padre, apareciendo de ella y del cuaderno de cuentas del D. Juan las entregas hechas á la Doña Carmen; pero creyendo ésta debérsela abonar además intereses ó productos por el tiempo que tuvo el capital en poder de su hermano, el que suscribía, sin negar pudieran corresponderla, se atenía á cumplir la voluntad manifiesta del testador, y consignaba sólo la cantidad de 12.925 pesetas, reservando á la interesada su derecho para reclamar lo que considerase pertenecerla:

Resultando que con posterioridad al otorgamiento de la escritura últimamente mencionada, y habiendo contraído matrimonio el 4 de Marzo del citado año 1889 D. Emilio Giráldez con Doña Paz Martínez Espinosa, medió también correspondencia entre la misma y su tía Doña Carmen, á quien dijo aquélla en carta de 1.º de Mayo siguiente, contestando á otra del día anterior, estar á su disposición, deseando le manifestase en lo que estimaba los productos que debía abonarla y su sentimiento había sido no aceptara el resto del capital cuando se la entregó el legado, así como hubiese sido su mayor gusto terminase el asunto D. Alfonso antes de salir de Madrid, pues ella estuvo y estaba conforme en la cantidad, reservándose únicamente el derecho de consultar lo relativo á los productos, y esto por no hallar en el testamento de su padre indicios sobre el particular, y querer cumplir con rigurosa exactitud sus últimas disposiciones; pero ni

un momento por haberla ofrecido la menor duda su lógica reclamación; á cuya carta contestó Doña Carmen el 4 del predicho mes de Mayo, haber ya indica lo á D. Alfonso que desde el momento que su capital había venido mezclado con el del padre de la Doña Paz, debia correr la misma suerte, siendo proporcionalmente iguales los productos, lo cual no podía ofrecer duda, aun no aclarándolo los apuntes de aquél; y si Doña Paz creía posible averiguar dichos productos, reclamaba en justicia la parte proporcional de ellos; pero si no había tal posibilidad no tenía inconveniente en que se buscara la equivalencia por el cómputo de un interés anual, que para ahorrar tiempo adelantaba debería en su caso ser el legal; á lo que Doña Paz respondió el 22 del repetido mes de Mayo haber buscado y pedido notas del estado de los vinos durante el tiempo que habían estado mezclados los de su padre con los de Doña Carmen, pero pareciendo pocas y no todo lo terminantes que desearía para arreglar el asunto á la mayor brevedad, á fin de complacerla siguiendo otra indicación de la Doña Carmen, había puesto el capital de ésta al 3 por 100, y deducidas las cantidades entregadas según los recibos, resultaba un total de 10.000 pesetas; constando ser esto sólo una opinión suya, hija del mejor deseo, y pudiendo elegir Doña Carmen lo que creyese más conveniente; y la Doña Paz estaba á su disposición si prefería esperar á que se hallasen reunidos todos los datos y se hiciera la deducción por gastos é ingresos; volviendo á escribir aquélla á ésta el 5 de Junio inmediato, parecerla bien consultara su reclamación con un Abogado, aunque la extrañaba no lo hubiese hecho ya, por haber dicho lo mismo hacía muchos meses, encargándola que en seguida la participase una ú otra resolución; y finalmente, el 15 del propio mes de Junio instó también por carta Doña Carmen á Doña Paz la dijera al día siguiente si estaba ó no conforme con la liquidación de su hijuela que tan justamente reclamaba:

Resultando que, en vista del ningún resultado de sus anteriores gestiones, el 30 de Julio del con repetición dicho año 1889, después de celebrado acto conciliatorio sin avenencia, formuló demanda Doña Carmen Martínez Espinosa contra D. Emilio Giráldez, como marido de Doña Paz Martínez Espinosa, con la solicitud de que se le condenara, previa liquidación de los productos correspondientes á la participación de 78.476 pesetas 8 céntimos, propia de la demandante, como legítima y mejora en la herencia de su padre D. Antonio Martínez Tacón, 77.485 y 78 céntimos de ellas, en vinos y efectos, que D. Juan Martínez Espinosa, padre y causante de Doña Paz, conservó proindiviso, á que entregase á la misma demandante los efectos y saldo que por aquellos conceptos existía á su favor, ó la abonase, en equivalencia, las expresadas 78.476 pesetas 8 céntimos, con los intereses legales desde el fallecimiento del D. Antonio Martínez Tacón hasta su completo pago, con deducción de las cantidades abonadas ya á la Doña Carmen en dicho período de tiempo; condenando también á la parte demandada en las costas del litigio:

Resultando que para fundar la referida pretensión hizo mérito la demandante de la defunción de su padre, instituyéndola heredera á la vez que á los demás hermanos de ella y mejorándola en el quinto; de la carta de D. Juan José, fecha 9 de Septiembre de 1876; de la escritura de partición y adjudicación que en ella se la hizo; de que el D. Juan José conservó en su poder proindiviso toda la hijuela de la Doña Carmen, comprando las demás participaciones de sus hermanos en vinos y efectos de bodega, ó haciendo con ellos otros arreglos, por medio de los cuales logró que no se dividieran dichos efectos y vinos y continuar el negocio industrial de los mismos; de que el D. Juan José la fué entregando cantidades en diversas épocas, sin hacer liquidación, aun cuando en varias cartas la anunció la formación de las oportunas cuentas; de la defunción del Don

Juan José y reclamaciones de la demandante al testamentario de aquél, quien dió en 3 y 7 de Enero próximos precedentes las contestaciones ya expresadas; de la escritura, y formalizando las operaciones de testamentaría del repetido D. Juan José, en las que se la reservaron expresamente sus derechos para continuar la reclamación pendiente; y de las manifestaciones de Doña Paz en cartas, también, fechas 1.º y 22 de Mayo del mismo año 89, ofreciendo en la última un abono de un intérés anual á razón del 3 por 100; é invocó los principios según los cuales, en la comunidad ó proindivisión de bienes el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional á sus respectivas cuotas, y todo condueño tiene la plena propiedad de su parte y la de los frutos correspondientes; principios encarnados en nuestro antiguo Derecho y consignados en los artículos 393 y 399 del Código civil; el también principio de derecho de que el reconocimiento de una obligación es base sólida para exigir ésta; la regla 17, tít. 34, Partida 7.ª, que prohibe el enriquecimiento torticero; y la máxima jurídica de que, á falta de pacto, siendo éste permitido, han de regularse los contratos y responsabilidades por los preceptos de la ley general, en la que se entiende consienten los interesados cuando no establecen una especial, cuya ley, en cuanto al abono de intereses, es la de 14 de Mayo de 1856, en su art. 8.º, que los regula en el 6 por 100 anual, mínimun exigible en este caso; pues tratándose de beneficios industriales, debía ser mayor el interés que se reclamara:

Resultando que D. Emilio Giráldez, en el concepto en que se le demandaba, contestó pidiendo se declarase venir su esposa Doña Paz Martínez Espinosa, como heredera de su padre D. Juan José, obligada única y exclusivamente á satisfacer á la demandante la suma de 14.156 pesetas 33 céntimos á que ascendía el saldo ó diferencia entre el importe de la legítima y mejora de la Doña Carmen en la herencia de D. Antonio Martínez Tacón y las cantidades que aquélla tenía recibidas del D. Juan José, absolviendo á la Doña Paz de todos los demás extremos comprendidos en la demanda, é imponiéndo las costas á la parte actora:

Resultando que al efecto expuso D. Emilio Giráldez, en su escrito de contestación, que Doña Carmen había recibido, según constaba de la hijuela presentada con la demanda, todos los bienes que se la adjudicaron en pago de su legítima y mejora, entregando posteriormente á su hermano D. Juan José los vinos, vasijas y efectos de bodega, bien por comprárselos éste, obligándose á pagar poco á poco, á medida que la necesitase, la cantidad total de la adjudicación, ó bien para irlos aquél realizando y entregándola su importe, como lógicamente se desprendía de los nueve recibos adjuntos; pero el D. Juan José no se obligó expresa ni tácitamente á abonar á su hermana cantidad alguna por productos ó intereses, cual lo justificaban las afirmaciones de la misma Doña Carmen en la demanda y la forma de redacción de los citados recibos, igualmente que el no haber hecho á su expresado hermano reclamación alguna sobre el particular desde 1876 hasta 1887, en que falleció, probándolo la carta de aquélla á D. Alfonso Chico de Guzmán; que tampoco Doña Paz se había obligado á pagar cantidad alguna en tal concepto, y sí sólo impulsada por el cariño y su deseo de evitar un litigio, creyendo cierto lo afirmado por Doña Carmen, que luego resultó no serlo, en la carta de 4 de Mayo de 1889, respecto á haberla escrito D. Juan José consistir la hijuela de aquélla en vinos que quedaban á su cargo, formuló la proposición ú oferta contenida en la de 22 de Mayo, que no fué aceptada por la demandante, apareciendo á mayor abundamiento de las de Doña Carmen, fechas 5 y 15 de Junio siguiente no haberse obligado á cosa alguna la repetida Doña Paz; pero aun admitida como verdad la hipótesis de que contrajera en dicha carta de 22 de Mayo la obligación de pagar intereses, tal obligación sería nula, por

estar ya casada en aquella fecha con el D. Emilio, quien ni la autorizó ni la autorizaba para contraerla; que importando la legítima y mejora de Doña Carmen 78.476 pesetas 8 céntimos, y habiendo recibido 64.319 con 75 de D. Juan José, resultaba acreedora de un saldo de 14.156 pesetas 33 céntimos, á cuya entrega jamás se había resistido Doña Paz, estando dicho saldo á disposición de la Doña Carmen y del Tribunal; que para poderse pedir el cumplimiento de una obligación ha de constar su existencia de un modo fehaciente y legal, según lo tiene sancionado este Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre otras, las de 12 de Enero de 1867 y 6 de Octubre del 68; que conforme al axioma jurídico *pacta sunt servanda* y al precepto de las leyes 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; 13 y 35, tít. 11, y 43, tít. 14 de la Partida 5.ª, las obligaciones son eficaces en la manera que aparezcan haber sido estipuladas; lo cual impone necesariamente la existencia de la convención ó pacto que produzca el efecto civil de obligar; que la oferta no produce efectos de pago sino en ciertas ocasiones y con requisitos especiales, según sentencia, también de este Tribunal Supremo, de 15 de Enero de 1867, obligando sólo conforme á la de 29 de Marzo de 1875 la proposición para un arreglo, cuando sobre ésta se hubiera llegado á convenir; que la mujer casada no puede obligarse sin licencia ó poder de su marido, principio sancionado también por este Tribunal y consignado en el art. 61 del Código civil; y que en conformidad á la ley de 14 de Marzo de 1856, sólo se deben intereses cuando se pactan expresamente ó se constituye el deudor en mora, entendiéndose esto último desde la interpelación judicial sobre pago de una cantidad líquida:

Resultando que en el trámite de prueba la practicó la parte actora documental de testigos y de posiciones, absolviendo éstas D. Emilio Giráldez; y en la del demandado, las absolvió también la demandante Doña Carmen, reconociendo los recibos y cartas con su firma que se habían traído á los autos; así como manifestó, entre otros particulares, ser cierto que mientras vivió su hermano D. Juan jamás le habló de productos ó intereses de la legítima y mejora, pues dado el carácter de aquél, no quiso abordar esta cuestión; y que no tenía formada con su expresado hermano sociedad para la explotación del negocio de vinos, pero obrando en poder del mismo la legítima y mejora de la declarante, entendía, por esto, existir una sociedad tácita:

Resultando que continuado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 21 de Noviembre del año último sentencia revocatoria, condenando á Doña Paz Martínez de Espinosa, como heredera de su padre Don José, á que, previa liquidación de los productos correspondientes á la participación de 78.476 pesetas 8 céntimos, propia de la demandante Doña Carmen Martínez Espinosa, como legítima y mejora en la herencia de su padre D. Antonio Martínez Tacón, 77.485 78 céntimos de ellas en vinos y efectos, y que D. Juan Martínez Espinosa y San Juan, padre y causante de la Doña Paz, conservó proindiviso, entregara á la misma demandante los efectos y saldo que por aquellos conceptos existieran á su favor, ó á su voluntad abonara á ésta por equivalencia las 78.476 pesetas 8 céntimos con los intereses legales del 6 por 100 anual desde el fallecimiento del padre común del D. Juan José y la Doña Carmen hasta su completo pago, con deducción de las cantidades que no hubiera abonado ya á la propia demandante en ese período de tiempo, sin hacer especial condena de costas de ninguna de la segunda instancia:

Resultando que D. Emilio Giráldez, como marido de Doña Paz Martínez Espinosa, ha interpuesto recurso de casación, fundado en los núme-

ros 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los motivos siguientes:

1.º La infracción, por indebida aplicación, de la ley 26, tít. 12, Partida 5.ª, conforme á la cual, y según tiene declarado este Tribunal Supremo, entre otras de sus sentencias, en la de 26 de Febrero de 1867, para que tenga lugar la gestión de negocios, es indispensable que aquéllos se hallen abandonados, bien por ausencia ó negligencia de su dueño, ó bien por su enfermedad ó incapacidad; y como en el caso de que se trata no concurre ninguna de las circunstancias indicadas, es de irrefragable evidencia que no hay ni puede haber una verdadera gestión de negocios, y por consiguiente, la Sala sentenciadora, al apreciar lo contrario en la sentencia recurrida, y al citar y aplicar dicha ley de Partida, la infringe, teniéndolo así declarado este Supremo Tribunal en sentencia de 5 de Junio de 1874:

2.º Infringir también en la sentencia recurrida, por indebida aplicación, la ley 27, tít. 12, Partida 5.ª, toda vez que se refiere única y exclusivamente á «las cosas de los Reyes é de los huérfanos, é del común de algún concejo que recabdan ó fazen algunos omes sin su mandato»; en ninguno de cuyos casos se encuentra el de que se trata en el pleito resuelto por dicha sentencia:

3.º Quebrantarse en la propia sentencia igualmente por aplicación indebida la regla 17, tít. 34, Partida 7.ª, en atención á que no se puede decir que se enriquece contra tercero quien como D. Juan José Martínez Espinosa entrega á aquél, ó sea á su hermana Doña Carmen, lo que legítimamente le pertenece, y lo que es más, el que como D. Juan José abona en metálico á Doña Carmen el importe total de su legítima y mejora, que según aparece de la repetidamente enunciada sentencia, consistía casi en su totalidad en especie, esto es, en vinos, vasijas y efectos de bodega:

4.º El error de hecho en la apreciación de las pruebas, al hacer la afirmación, en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, que es precisamente la base del fallo, de que D. Juan José Martínez conservó proindiviso la legítima y mejora de Doña Carmen en la herencia de su padre, cuando la propia Doña Carmen presentó con su demanda varios documentos, entre ellos el testimonio expedido por el Notario D. Plácido López Iturralde, de algunos extremos de la escritura de liquidación, partición y adjudicación de los bienes quedados al fallecimiento de D. Antonio Martínez Tacón; testimonio del cual resulta que por dicha escritura, otorgada en 26 de Julio de 1877, ante el citado Notario, por Doña María de los Dolores San Juan y Aranguren, D. Juan José, Doña Carmen, Doña Josefa y Doña Dolores Martínez Espinosa y D. Francisco García Perea, se adjudicaron á la Doña Carmen en pago de su legítima y mejora 78.476 pesetas y 8 céntimos, de ellas 990 en crédito y el resto en vinos, vasijas y objetos de bodega; y también resulta de la quinta de las declaraciones de la expresada escritura, que los otorgantes declararon solemnemente que cada uno de ellos había recibido todos los bienes que se les había adjudicado; demostrando dicho documento y además el contenido de los nueve recibos firmados por Doña Carmen y reconocidos por ella como legítimos en el término de prueba, la equivocación evidente del juzgador;

Y 5.º El asimismo error de hecho en que la Sala sentenciadora incurre en la apreciación de las pruebas, al afirmar, como lo hace, que D. Juan José Martínez Espinosa dispuso con absoluta voluntad de la hijuela paterna de su hermana Doña Carmen, negociando con ella; error que resulta, no sólo de los documentos expresados en el motivo anterior, sino también de un acto auténtico de la Doña Carmen, como lo es el de haber afirmado ésta bajo juramento, al absolver posiciones, que jamás había formado con su hermano D. Juan José sociedad para la explotación del negocio de los

vinos, ni hablado á éste de productos ó intereses de su legítima y mejora, habiéndose hecho constar además por la propia Doña Carmen en la carta que reconoció como legítima, dirigida en 2 de Enero de 1889 á D. Alfonso Chico de Guzmán, que mientras vivió su hermano D. Juan José jamás hizo á éste la más pequeña indicación sobre productos ó intereses de su legítima y mejora, todo lo cual demuestra la equivocación evidente de la Sala sentenciadora.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel de Sandoval:

Considerando que no son de estimar los dos primeros motivos, en los que se suponen infringidas por su indebida aplicación las leyes 26 y 27, tít. 12, Partida 5.ª, porque la sentencia no afirma de un modo seguro y terminante que D. Juan José Martínez hubiese sido gestor de negocios ajenos, y menos se apoya exclusiva ni principalmente en que tuviese el mismo ese carácter, pues su fundamento capital y decisivo consiste en que habiendo aquél conservado en su poder la hijuela paterna de su hermana Doña Carmen, negociando con ella y manejándola con entera libertad, contrajo la obligación que es natural y propia de todo el que administra bienes ajenos, cualquiera que sea el concepto en que lo haga, de rendir cuenta de su cargo:

Considerando que tampoco infringe la sentencia, por aplicarla indebidamente, la regla 17, tít. 34, Partida 7.ª, invocada en el motivo 3.º, porque se hace de la cuestión supuesto al sostener que D. Juan José Martínez nada debe á su hermana Doña Carmen, por haberle entregado ó estar dispuesto á entregarle, con la ventaja ó beneficio de hacerlo en metálico, el importe total de su legítima y mejora, desconociendo ú olvidando que una cosa es el capital y otra sus rendimientos ó intereses, que son á los que expresamente alude la sentencia al consignar en otro de sus fundamentos que el demandado se enriquecería torticeramente si se quedase, por no rendir cuentas, con el producto de bienes ajenos:

Y considerando que no existen los errores en la apreciación de las pruebas alegadas en los motivos cuarto y quinto, porque según estima la Sala sentenciadora, es un hecho indiscutible no contradicho por ningún documento ó acto auténtico, que D. Juan José Martínez, para continuar como continuó la industria vinícola que había ejercido su padre, á la vez que adquirió las participaciones de otros de sus hermanos, conservó también en su poder los vinos, vasijas y efectos de bodega que se adjudicaron á la demandante en pago de su legítima y mejora; habiendo quedado esos bienes confundidos en cierto modo con los de igual clase pertenecientes al demandado, y siendo ésta la verdadera y recta inteligencia de la indivisión á que el fallo se refiere; y porque ni la falta de constitución de sociedad para la explotación del negocio de los vinos, ni el que la Doña Carmen no hubiese reclamado antes su parte de productos, demuestran de modo alguno el otro error de hecho que se supone cometido en la sentencia al afirmarse en ella que dicho D. Juan dispuso con entera libertad de la hijuela de su hermana;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Emilio Giráldez Fagúndez, como marido de Doña Paz Martínez Espinosa, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 23 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Agosto del mismo año.)

196

RECURSO DE CASACIÓN (25 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Petición de herencia.*—No ha lugar al interpuesto por D. Tomás Priego en pleito con D. José Rivero y otros (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

Que conforme á la doctrina reiteradamente consignada por el Tribunal Supremo, la voluntad del testador es la primera y principal ley en materia de testamentos, y cuando está expresada de una manera clara y terminante, á ella debe sujetarse la resolución de las cuestiones que sobre su ejecución y cumplimiento se susciten, ateniéndose los Tribunales á la inteligencia llana y literal de las palabras del testador, salvo cuando pareciese por modo cierto que su intención fué otra que la literalmente expresada:

Que si el testador hizo la institución de herederos únicos y universales de todos sus bienes por partes iguales, *sin más condición limitativa que la de no poder enajenar finca alguna de un lote de aquéllos por un determinado espacio de tiempo, pasado el cual deberán entrar en el pleno dominio de los mismos* ellos ó sus hijos y herederos legítimos, *imponiéndoles durante aquel plazo la obligación de costear cierto número de sufragios y entregar en limosnas una señalada cantidad, se desprende del contenido de aquella cláusula, lisa y llanamente entendida, que la voluntad del testador no fué otra que el garantir con los productos del mencionado lote de bienes el estipendio de los sufragios y el pago de las limosnas que en la propia cláusula se determinan, sin establecer sustitución de ninguna especie; siendo, por lo mismo, indudable que desde el momento en que los herederos instituídos adieron la herencia, entrando en la posesión de la parte á cada uno asignada determinadamente, adquirieron un perfecto derecho sobre ella, transmisible, ora por testamento, ora abintestato, á sus propios herederos, sobre los cuales, hasta que transcurra el tiempo expresado, pesará la propia prohibición de enajenar los bienes afectos al pago de las limosnas y sufragios, que es lo que se propuso asegurar el testador con aquella única y temporal limitación del pleno dominio de los mencionados bienes:*

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, lejos de infringir la ley 5.ª, título 33, Partida 7.ª, y la jurisprudencia conforme con la misma, se ajusta estrictamente á lo que aquélla dispone, en cuanto á que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente como ellas suenan.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Tarancón y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Tomás Priego Gómez, Notario y propietario, vecino de Priego, como marido de Doña Manuela Villacampa y Ramírez, con D. José Rivero y Vidés, militar, vecino de esta corte, como marido y apoderado de Doña María de la Concepción Causa y Servet, en concepto de madre de los menores Doña María, Doña Vicenta, Doña Elvira y Doña Rafaela Villacampa Causa, sobre petición de herencia; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación por el Licenciado Don Marcial González de la Fuente y el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez; habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Manuel Monroy y el Procurador D. Manuel Bru:

Resultando que en testamento nuncupativo que otorgó Doña María Valentina Ramírez y Montes en la villa de Horcajo de Santiago en 25 de Agosto de 1864, dejó consignada la cláusula siguiente: «Instituye por únicos y universales herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, del remanente que quedase después de deducidos los le-

gados y mandas que deja consignados, á sus tres sobrinos carnales D. Rafael, D. Francisco y Doña Manuela Villacampa, en la forma siguiente: los bienes y derechos que posee en la ciudad de Valencia entrarán á percibirlos por terceras partes iguales en propiedad y pleno dominio á su fallecimiento, y respecto á los que tiene en esta villa y su término, sólo podrán disfrutarlos sin poder enajenar finca alguna durante treinta años, que principiarán á contarse desde el día de su defunción, y durante este tiempo les impone la obligación de que manden decir en cada uno de dichos treinta años cien misas rezadas, que se aplicarán por el alma de la otorgante, por la de su difunto esposo D. Vicente de Haro y por la de su difunto hermano D. Lucas Ramírez, y el resto, hasta 1.000 reales, será distribuído y entregado á los pobres de mayor necesidad, haciéndoles entender á éstos rueguen por sus almas. Y después de cumplidos los citados treinta años entrarán á percibir dichos bienes de esta villa en propiedad y pleno dominio los referidos D. Rafael, D. Francisco y Doña Manuela Villacampa, por terceras partes iguales, ó los hijos y herederos legítimos de éstos si hubieran fallecido»:

Resultando que la citada testadora falleció en la misma villa de Horcajo de Santiago poco tiempo después de otorgado su testamento, y practicada por sus tres sobrinos y herederos la partición extrajudicial de sus bienes, en la que se adjudicaron las fincas del Horcajo y su término en usufructo por término de treinta años, á contar desde el fallecimiento de la testadora, y después en propiedad, la presentaron en el Juzgado de primera instancia de Tarancón, que la mandó protocolar por auto de 8 de Junio de 1865:

Resultando que D. Rafael Villacampa, uno de los tres sobrinos y herederos de la Doña María Valentina, falleció en Valencia en 13 de Enero de 1883, dejando instituídas herederas á sus cuatro hijas habidas en su matrimonio con Doña María Causa Servet, Doña María, Doña Vicenta, Doña Elvira y Doña Rafaela; y habiendo hecho un legado de 100.000 pesetas á su hermano D. Francisco, en cuyo pago le fueron adjudicadas á éste las fincas que su hermano disfrutaba en el Horcajo, procedentes de la herencia de su tía la Doña María Valentina, y el D. Francisco Villacampa falleció el 30 de Agosto de 1888 en estado de soltero, dejando instituídas herederas de todos sus bienes á sus cuatro sobrinas carnales las citadas hijas de su hermano D. Rafael y de Doña María Causa y Servet:

Resultando que Doña Manuela Villacampa, representada por su marido D. Tomás Priego y Gómez, dedujo en el Juzgado de primera instancia de Tarancón en 2 de Septiembre de 1889 la demanda de este pleito, con la solicitud de que se declarara que el disfrute de los bienes de Horcajo de Santiago, procedentes de Doña María Valentina Ramírez, que tuvieron D. Rafael y D. Francisco Villacampa, correspondía hoy exclusivamente á la demandante Doña Manuela hasta cumplir los treinta años señalados por aquélla, debiendo entregársele con todos sus productos desde que murió D. Francisco, y con los correspondientes hasta esta fecha de la mitad de los que disfrutó D. Rafael desde la muerte de éste, y subsidiariamente, si así no se estimaba, se declarase que á la Doña Manuela correspondía en propiedad la tercera parte de dichos bienes de Horcajo, que venía disfrutando, y además la mitad de la tercera parte de su hermano D. Francisco, como heredero legítimo de éste, condenando en uno y otro caso á la entrega respectiva á sus sobrinas Doña María, Doña Vicenta, Doña Elvira y Doña Rafaela Villacampa y Causa, y en su representación como menores de edad á su madre Doña María de la Concepción Causa y Servet, y en su apoyo alegó que, á pesar de ser la demandante la única superviviente de los tres herederos llamados conjuntamente por Doña María Valentina Ramírez al disfrute de los bienes de Horcajo durante un período de treinta años, sólo poseía ó disfrutaba la tercera parte que se le adjudicó en usufructo al

formalizar la partición de los bienes dejados por su tía Doña María Valentina, hallándose en posesión de todo lo demás las hijas de su hermano Don Rafael; que al ordenar la citada testadora en la segunda parte de la cláusula de institución que sus tres sobrinos y herederos D. Rafael, D. Francisco y Doña Manuela sólo disfrutaban los bienes de Horcajo, sin poder enajenar finca alguna durante treinta años, era visto que durante este período estableció un usufructo á que los llamaba unidos conjuntamente en las palabras, en la cosa y hasta en la carga, sin designación de partes, ó sea por conjunción *re et verbis;* de donde se deducia su voluntad clara de dar lugar al derecho de acrecer entre ellos con exclusión de toda otra persona; pues en otro caso hubiera llamado á terceras personas ó nombrado sustitutos durante este período, como lo llamaba para la propiedad y pleno dominio con designación de partes para después de concluído aquél, y habiéndolo entendido así los mismos interesados, en el hecho de haberse adjudicado en usufructo los indicados bienes por el expresado período; que no obstaba al derecho de acrecer el que los conjuntos D. Rafael y Don Francisco hubieran disfrutado sus respectivas porciones, porque no pudiendo disponer de ellas quedaron vacantes con su muerte, y porque tal derecho tiene lugar en el usufructo, aun después que el conjunto aceptó y poseyó su porción; que además, no pudiendo D. Rafael ni D. Francisco enajenar finca alguna de las del Horcajo durante treinta años, según expresa y terminante voluntad de la testadora, era visto que no podían disponer de ellas ni por actos intervivos ni *mortis causa*, y que al hacerlo habían ejecutado actos nulos, sin que á ello obstase la circunstancia de ser las personas á cuyo favor dispusieron de las llamadas á la herencia en su día, porque supuesta la facultad, pudieron usarla igualmente á favor de extraños; que de lo expuesto resultaba que sólo á la demandante Doña Manuela, como única superviviente de los tres herederos llamados conjuntamente, correspondía el disfrute de los bienes del Horcajo durante el período de treinta años señalados por la testadora, y además, que reteniendo las dos terceras partes sus sobrinas las demandadas, sin poder ostentar para ello título alguno, se hallaban obligadas á devolver los frutos percibidos; y que en el caso de que no se admitiera la existencia de dicho usufructo en la forma indicada, habría de sancionarse una institución modal de herederos; por cuya virtud correspondería en propiedad á la demandante, por voluntad de la testadora, la tercera parte que le fué adjudicada de dichos bienes, y la mitad de la tercera parte que disfrutó su hermano D. Francisco como heredero legítimo de este, ó sea la mitad del total de los bienes del Horcajo, correspondiendo la otra mitad por iguales conceptos á sus sobrinas las demandadas:

Resultando que Doña María de la Concepción Causa y Servet, como representante legal de sus citadas cuatro hijas menores de edad, y representada á su vez por su marido D. José Rivero Vidés, impugnó la demanda, pidiendo se resolviera que no existía el supuesto usufructo ni había lugar al derecho de acrecer que en aquélla se pretendía; que la institución de los bienes de Horcajo de Santiago hecha por Doña María Valentina lo fué con una condición suspensiva de no poder enajenar durante treinta años, y que, por último, tampoco había lugar á la pretensión subsidiaria formulada en la demanda, de la que por lo tanto debía absolverse á las menores demandadas, imponiendo á la demandante perpetuo silencio y pago de costas; para lo cual alegó, entre otras consideraciones, que Doña Manuela, con licencia de su marido y por escritura otorgada en Valencia en 9 de Junio de 1882, vendió á sus dos hermanos D. Francisco y D. Rafael en 5.000 pesetas la tercera parte de las casas situadas en Horcajo de Santiago, adquirida por herencia de su tía Doña María Valentina, y que la voluntad del testador es ley del testamento siempre que no sea contraria á la moral ó

al derecho, y apareciendo manifiesta la de Doña María Valentina de hacer una institución en todos sus bienes á favor de los tres instituídos herederos con la condición suspensiva de que no pudiera enajenar los de la villa del Horcajo durante treinta años, no podía sostenerse que hubiera instituído tal usufructo, porque para que exista este derecho es indispensable la concurrencia de otra tercera persona, además de la del usufructuario, que sea dueña de la nuda propiedad; y que los bienes del Horcajo no eran ajenos ni existía respecto de ellos tal usufructo, lo demostraba la misma cláusula de institución de herederos:

Resultando que en el escrito de réplica insistió el demandante en sus pretensiones y alegaciones, observando que no consideraba de valor alguno la escritura de venta invocada de contrario, habiendo insistido también la representación de las demandadas al duplicar en lo alegado en su contestación, añadiendo que no creían de aplicación en el presente caso el derecho de acrecer; y conformes las dos partes en que el pleito no se recibiese á prueba, dictó sentencia el Juzgado en 27 de Diciembre de 1889, y la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete la revocó en 24 de Octubre de 1890, absolviendo de la demanda á Doña María de la Concepción Causa y Servet, como madre de sus menores hijas Doña María, Doña Vicenta, Doña Elvira y Doña Rafaela Villacampa y Causa, sin expresa condenación de costas en ambas instancias:

Resultando que D. Tomás Priego Gómez, en representación de su citada esposa Doña Manuela Villacampa, interpuso recurso de casación por infracción de ley, citando en su apoyo como infringidos:

1.° La ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, que dice: «Las palabras del facedor del testamento deven ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, é non se debe el juzgador partir del entendimiento dellas, fueras ende cuando paresciese ciertamente que la voluntad del testador fuera otra que non como suenan las palabras que están escritas»; en el concepto de que la Sala sentenciadora, apoyándose en el hecho de ser una sola la cláusula de institución de herederos voluntarios hecha por Doña María Valentina Ramírez, infiere para desestimar la demanda que el propósito de aquélla fué instituir por terceras partes iguales á D. Rafael, D. Francisco y Doña Manuela Villacampa, tanto de los bienes que tenía en Valencia como de los del Horcajo, sin limitación ni sustitución alguna entre los instituídos, si bien respecto de los bienes del Horcajo con la condición suspensiva de no poder enajenarlos durante los treinta años, con lo cual hace una interpretación de la ley citada contraria á su texto y á su sentido; pues la cláusula de que se trata, lejos de ofrecer duda, es clara y terminante, y en vez de establecer lo que entiende la Sala sentenciadora, establece precisamente lo contrario:

Y 2.° La doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre ellas en la de 24 de Marzo de 1857, según la cual el testamento es verdadera ley en la materia sobre que lícitamente dispone, y á ella deben atenerse los Tribunales, por cuanto la Sala sentenciadora no ha tenido en cuenta este precepto, pues prescindiendo de la voluntad clara y terminantemente expresada por Doña María Valentina Ramírez, ha interpretado innecesariamente el testamento de ésta, resolviendo en contra de lo que el mismo dispone.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Salvador Viada:

Considerando que conforme á la doctrina reiteradamente consignada por este Tribunal Supremo, la voluntad del testador es la primera y principal ley en materia de testamentos, y cuando está expresada de una manera clara y terminante, á ella debe sujetarse la resolución de las cuestiones que sobre su ejecución y cumplimiento se susciten; ateniéndose los Tribunales á la inteligencia llana y literal de las palabras del testador,

salvo cuando pareciese por modo cierto que su intención fué otra que la literalmente expresada:

Considerando que habiendo sido instituídos D. Rafael, D. Francisco y Doña Manuela Villacampa en el testamento de su tía Doña María Valentina Ramírez y Montes, herederos únicos y universales de *todos sus bienes por partes iguales*, tanto de los sitos en Valencia como de los que radican en el Horcajo, sin más condición limitativa que la de no poder enajenar finca alguna de las que integran estos últimos por espacio de treinta años, á contar desde el día del fallecimiento de la testadora, pasados los cuales deberán entrar en el pleno dominio de los mismos *ellos ó sus hijos y herederos legítimos*, despréndese del contenido de esta cláusula, lisa y llanamente entendida, que la voluntad de la testadora no fué otra que el garantir con el producto de los bienes del Horcajo el estipendio de las 100 misas que dispuso se rezaran anualmente en sufragio de su alma, y el pago de las limosnas que en la propia cláusula se determinan, sin establecer sustitución de ninguna especie ni respecto de dichos bienes ni tocante á los que poseía en Valencia; siendo por lo mismo indudable que desde el momento que los tres herederos instituídos adieron la herencia, entrando en la posesión de la tercera parte á cada uno asignada determinadamente, adquirieron un perfecto derecho sobre ella, transmisible, ora por testamento, ora abintestato, á sus propios herederos, sobre los cuales hasta que transcurran los sobredichos treinta años pesará la propia prohibición de enajenar los bienes afectos al pago de las limosnas y sufragios, que es, como se ha dicho, lo que se propuso asegurar especialmente la testadora, con aquella única y temporal limitación del pleno dominio de las expresadas fincas:

Considerando, por lo tanto, que la Sala sentenciadora, al absolver á Doña María, Doña Vicenta, Doña Elvira y Doña Rafaela Villacampa y Causa, herederas instituídas por su padre y tío respectivamente de la demanda contra las mismas interpuesta por Doña Manuela Villacampa, ha interpretado y aplicado con acierto el testamento de Doña María Valentina Ramírez, y lejos de haber infringido la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, y la jurisprudencia conforme con la misma, que se citan en los dos únicos motivos del recurso, se ha ajustado estrictamente á lo que aquélla dispone, en cuanto á que las palabras *del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente como ellas suenan*;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Tomás Priego Gómez en representación de su esposa Doña Manuela Villacampa, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Albacete la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 25 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Agosto del mismo año.)

197

Recurso de casación (25 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Desahucio*.—No ha lugar al interpuesto por D. Antonio Martín Toro en pleito con D. Alonso Mejía (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que la doctrina establecida en la sentencia de casación de 8 de Junio de 1885 es inaplicable al caso en que, siendo evidente el derecho del propietario á exigir el pago, la consignación del importe de un plazo se verificó por el arrendatario después de presentada la demanda de desahucio, y no en este juicio, sino en el ejecutivo promovido también por el arrendador, y al celebrarse en el primero el juicio verbal estaba en descubierto el arrendatario por otra anualidad, ya á la sazón vencida.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Junio de 1891, en el juicio de desahucio de varias fincas rústicas, seguido en el Juzgado de primera instancia de Berja y en la Sala de lo civil de Granada por D. Alonso Mejía de la Cerda y Coello, Marqués de Caicedo, propietario, vecino de esta corte, con D. Antonio Martín Toro, Abogado y propietario, vecino de Almería, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, y en su defensa y representación por el Letrado D. Antonio Domínguez Alfonso y el Procurador D. Lino de Villar; habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Ricardo de Guillerma y el Procurador D. Ramón Suárez Inclán:

Resultando que por escritura pública otorgada en la villa de Adra en 23 de Mayo de 1888, D. Alonso Mejía de la Cerda y Coello, Marqués de Caicedo, representado por su hijo del mismo nombre, dió en arrendamiento á D. Antonio Martín Toro 38 fincas por término de ocho años, que empezarían á contarse en el mes de Junio siguiente, y en precio de 19.000 pesetas anuales, que se pagarían el 15 de Julio de cada año, según fuesen venciendo, cuyo importe se entregaría al propietario ó persona que legítimamente le representase en aquella villa ó en esta corte, por medio de giro librado á cargo del Banco de España; consignándose además la obligación por parte del arrendatario de pagar oportunamente los impuestos ó contribuciones que se repartieran sobre las tierras objeto del arrendamiento:

Resultando que con dicha escritura acudió el Marqués de Caicedo al Juzgado de primera instancia de Berja, entablando demanda de desahucio en 20 de Febrero de 1890 contra D. Antonio Martín Toro, con relacion á las fincas dadas con arrendamiento por aquella escritura, fundado en la falta de pago de la anualidad vencida en 15 de Junio del año anterior 1889, y admitida la demanda y convocadas las partes para el juicio verbal correspondiente, promovió el demandado un incidente sobre falta de personalidad del Procurador del demandante, que el Juzgado acordó sustanciar, con suspensión del juicio verbal señalado, y que dió por resultado el que dicha suspensión no se alzase hasta el 15 de Abril del mismo año:

Resultando que en providencia de 28 de dicho mes de Abril se señaló de nuevo la celebración del juicio verbal para el día 6 de Mayo siguiente, y en tal estado presentó el Marqués de Caicedo un escrito de fecha 30 del mismo mes de Abril, en el que, mediante á no haberse celebrado todavía el juicio verbal, amplió la demanda de desahucio deducida, fundándola además en la falta de cumplimiento por parte del arrendatario de la obligación que tenía, con arreglo al contrato, de pagar oportunamente los impuestos ó contribuciones que se repartiesen sobre las tierras arrendadas, pues el demandado había dejado de pagar á su tiempo los dos primeros trimestres de aquel año, que el demandante se había visto en la necesidad de satisfacer con los recargos correspondientes, como lo comprobaban los recibos talonarios que acompañaba; habiéndose suspendido de nuevo la celebración del juicio por razón de recusación del Asesor nombrado por el Juez municipal, que en funciones de primera instancia conocía de los autos, y suspendiéndose después el curso de éstos á petición de ambas partes:

Resultando que en el mismo Juzgado de Berja en 1.º de Marzo de Marzo de 1890 promovió autos ejecutivos el Marqués de Caicedo contra Martín Toro sobre pago de 16.398 pesetas 32 céntimos, y en 20 del mismo mes compareció en el Juzgado dicho demandado, y haciendo presente que había tenido noticia de que se propalaba por un hijo del Marqués la amenaza de plantear una ejecución contra él por la cantidad de 16.398 pesetas 32 céntimos, la consignó con el fin de evitar dicha ejecución y con la protesta de reclamar lo que le perteneciera, demostrando la nulidad del do-

cumento en que trataba de fundarse, haciendo presente además que la deuda procedía de renta de tierra de la propiedad del Marqués, que llevaba en arrendamiento, y que la cantidad consignada correspondía á la renta vencida en 15 de Julio de 1889, y en 22 del mismo mes de Marzo fué entregada á la representación del ejecutante la cantidad consignada; constando, además, que en 3 de Junio siguiente promovió el Marqués de Caicedo otros autos ejecutivos contra Martín Toro sobre cobro de 16.135 pesetas 92 céntimos, que en escritura de 28 de Noviembre de 1890 se obligó á abonar á aquél durante todo el mes de Mayo anterior por el importe del arrendamiento de diferentes fincas:

Resultando que á solicitud de la representación del Marqués de Caicedo en escrito del mismo día 3 de Junio se puso en curso el juicio de desahucio que se hallaba en suspenso, como se deja dicho, señalándose para la celebración del juicio verbal el 12 del mismo mes, en cuyo acto reprodujo sus escritos de demanda y ampliación, añadiendo que en aquella actualidad le adeudaba el demandado la renta correspondiente al segundo año, cuyo pago debía haber hecho en todo el mes de Mayo anterior, según lo convenido en escritura pública de 28 de Noviembre de 1889, cuya primera copia obraba en los segundos autos ejecutivos que había deducido contra el mismo demandado Martín Toro para el cobro de la cantidad á que ascendía dicha renta; y por parte del demandado se solicitó que se declarase no haber lugar á tener en cuenta la segunda causa de desahucio alegada en el escrito de ampliación de la demanda, y que se desestimara ésta, con imposición de las costas al demandante por su temeridad en sostener dicha demanda después de haber recibido el importe de la renta, en cuya falta de pago se había fundado, pues el hecho alegado últimamente por el demandante de que á la sazón le adeudaba el demandado la renta correspondiente al año vencido en 30 de Mayo último, no podía tenerse en cuenta por no estar formulada la pretensión con arreglo á la ley y ser el hecho posterior á la presentación de la demanda origen del juicio, habiéndose traído á los autos durante el término de prueba diferentes testimonios á petición de las dos partes de que se deja hecha relación en lo pertinente;

Resultando que el Juez de primera instancia de Berja dictó sentencia en 28 de Junio de 1890 declarando haber lugar al desahucio solicitado por D. Alonso Mejía de la Cerda y Coello, Marqués de Caicedo, y condenando en su virtud al demandado D. Antonio Martín Toro á que desaloje las fincas rústicas que lleva en arrendamiento de la propiedad del demandante y que se describen en la escritura de 23 de Mayo de 1888, poniéndolas en el acto á disposición de su dueño, bajo apercibimiento de que de no hacerlo sería lanzado á su costa, condenándole también al pago de las costas del juicio:

Resultando que apelada esta sentencia por el demandado Martín Toro, que consignó al mismo tiempo el importe de la renta vencida, se admitió la apelación en ambos efectos, y en 23 de Diciembre último dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, confirmando con las costas la sentencia del Juzgado:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas para los efectos de ley interpuso D. Antonio Martín Toro recurso de casación, fundado en el número 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque la sentencia había infringido la doctrina consignada en la de este Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1885, de que no se infringe la ley del contrato de arrendamiento, y no procede el desahucio, siempre que el arrendatario, al tener conocimiento de que se va á entablar demanda de desahucio por falta de pago, consigna ante el Juzgado que ha de conocer de éste el importe del arriendo que se adeudaba, y el Juez lo admite; doctrina conforme con el principio legal de que el contrato es ley de la materia, por cuanto el

pago se hizo por el recurrente antes de estar pendiente el litigio por medio de la contestación ó en virtud de darse por contestada la demanda; cuya situación ó estado de derecho es el mismo á que se refiere la sentencia citada, pues en rigor, tratándose de procedimiento en juicio verbal, la demanda tiene efecto cuando se formula verbalmente la pretensión en la comparecencia judicial, no siendo la demanda escrita otra cosa que un precedente necesario como las papeletas en los actos conciliatorios para que se convoque á las partes á juicio, no comenzando éste hasta que se formula la pretensión verbal, cuyo carácter tiene todo el juicio; de todo lo cual resultaba que estando hecho el pago antes del juicio verbal á que las partes fueron convocadas para dirimir sus contiendas, era aplicable la doctrina expuesta, con la cual estaba conforme la práctica corriente en todos los Tribunales, y especialmente en los Juzgados municipales de esta corte, donde es corriente la doctrina de que el pago anterior á la celebración del juicio impide el desahucio por falta de pago.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que estimadas por la Sala sentenciadora las dos causas de desahucio alegadas por el demandante, la resolución impugnada subsistiría por virtud de una de ellas, aun en la hipótesis de que la otra fuera improcedente:

Considerando que á mayor abundamiento la doctrina establecida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1885, además de no ser tan general y absoluta como se supone, es inaplicable y no ha podido infringirse, atendida la disparidad de los casos, pues en aquel á que dicha sentencia se refiere, la conducta del arrendatario obedeció á que se había reclamado el precio del arrendamiento por dos distintas personas autorizadas por diferentes Juzgados para percibirlo, é interpuestas por las mismas dos demandas de desahucio, que se acumularon, se hizo la consignación en el acto del juicio verbal, mientras que en el caso presente no concurren iguales circunstancias, era evidente el derecho del propietario de la finca para exigir el pago; la consignación del importe de una anualidad se verificó por el demandado un mes después de presentada la demanda de desahucio, y no en este pleito, sino en el ejecutivo, que había promovido también el arrendador, y al celebrarse el juicio verbal estaba en descubierto el arrendatario por otra anualidad, ya á la sazón vencida:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Antonio Martín Toro, á quien condenamos en las costas y á la pérdida del depósito que ha constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 25 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Agosto del mismo año.)

198

Recurso de casación (25 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Entrega de legado.*—Ha lugar, en parte, al interpuesto por D. Juan Pujol en pleito con D. José Pujol (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que disponiendo el testador que si el capital de sus bienes no alcanzase á 30.000 duros, equivalentes á 150.000 pesetas, recibiese la mitad del mismo, ó sea 15.000 duros, uno de sus hijos en calidad de legado, á la simple lectura de esta cláusula se comprende que dicho legado es de la mitad del capital que dejare á su fallecimiento el testador, si no llegase á 30.000 duros; y, por lo tanto, al condenar la sentencia al heredero por tal razón al pago de 14.000

duros, mitad del importe de dichos bienes, según el inventario de ellos, formalizado de común acuerdo con el legatario, no infringe la ley 2.ª, Digesto, libro 34, tít. 8.º, relativa á que lo que no sea inteligible debe tenerse por no puesto en los testamentos, siendo insignificante para este punto que en el fallo, después de determinarse la cantidad de 70.000 pesetas, que es lo dispositivo, se empleen las palabras demostrativas «mitad del capital de la herencia», en vez de «mitad del capital de sus bienes»:

Que al determinar la cuantía del legado por el importe de los bienes que el heredero y legatario expresaron y valoraron en el inventario por ambos formado, no desconoce la sentencia las definiciones contenidas en las leyes del Digesto 39, párrafo primero, libro 50, tít. 16; 43, libro 33, tít. 2.º, y 69, libro 35, tít. 2.º, sobre que se entienden sólo bienes de una persona los que resten, deducidas sus deudas, si en dicho inventario no se contiene deuda alguna:

Que no infringe por igual razón las leyes 22, párrafo noveno, tít. 30, libro 6.º, Código, y la 1.ª, tít. 7.º, libro 11, Digesto, relativas á que los gastos de funeral y otros análogos son preferentes como deudas del difunto:

Que son inaplicables al caso las leyes 32 y 36, tít. 28, libro 3.º Codicis, *la Auténtica siguiente á la ley 6.ª del mismo libro y título, y la ley 46, tít. 1.º, libro 6.º, Digesto, referentes á la integridad de la porción legítima, que debe ser libre de mermas y gravámenes para los hijos, lo cual no excluye que forme parte de la masa herediaria de que debe ser deducida, ni menos que se tenga en cuenta en la suma de bienes que el testador dispuso que sirviese de base para fijar la cantidad legada:*

Que la ley 46, tít. 1.º, libro 16 del Digesto, se refiere á los efectos de la estimación por el actor de la cosa que reivindica, y no tiene relación directa alguna con el caso mencionado:

Que en los legados de cantidad sólo se deben intereses desde la contestación á la demanda, al tenor de las leyes 1.ª y 4.ª, tít. 46, libro 6.º del Código.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de la ciudad de Barcelona, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. José Pujol y Fernández, Abogado, con su hermano D. Juan, comerciante, ambos de aquella vecindad, sobre entrega de un legado, pendiente antes Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, y en su defensa y representación por el Letrado D. Roque Correa y el Procurador D. Luis de Figuerola, habiéndolo estado la parte recurrida por el Licenciado D. Francisco de Paula Verges y Mas y el Procurador D. Fernando Flores:

Resultando que ante un Notario de la ciudad de Barcelona otorgó Doña Joaquina Fernández Pizarro, en 31 de Agosto de 1874, un codicilo, que encabezó diciendo: «Yo, Doña Joaquina Fernández Pizarro, viuda de D. Juan Pujol Montaner, hallándome con el expedito uso de mis facultades intelectuales y con capacidad legal para disponer de mis bienes, etc. Por cuanto otorgué mi testamento ante el Notario y en la fecha que expresaba, ó en aquella otra fecha más cierta, que creo sea el último por mí hecho; y como existen hoy motivos que me aconsejan introducir en él algunas variaciones, tanto por el aumento progresivo que ha tenido mi fortuna, que como usufructuaria de los bienes de mi difunto esposo he ido adquiriendo, así como por mi espontáneo deseo de suplir alguna omisión que cometí en dicho mi último testamento, sin ánimo empero de ofender con ellas á nadie, y sabiendo que es permitido codicilar antes y después de testar, por tanto, otorgo este codicilo en el modo siguiente:» y después de hacer diferentes legados á favor de sus nietos é hija política Doña Manuela Coll, madre de todos aquéllos y consorte de D. José Pujol y Fernández, dispuso literalmente: «Lego á mi querido hijo el D. José, por el asiduo

cuidado que ha tenido y tiene conmigo, así en salud como en enfermedad, y muy especialmente en las que he sufrido de dos años á esta parte, la cantidad, á saber: si el capital de mis bienes no alcanzase á 30.000 duros, equivalentes á 150.000 pesetas, la mitad del mismo ó sean 15.000 duros; si llegase á dichos 30.000 duros ó pasase de esta suma, la tercera parte total que resultare; si llegase mi capital á 40.000 duros ó sean 200.000 pesetas, le lego 60.000 pesetas, y de todo lo demás que excediere de 200.000 pesetas, la tercera parte del exceso»:

Resultando que la citada testadora Doña Joaquina falleció en fin de Febrero de 1879, y en 4 de Abril siguiente, su otro hijo D. Juan Pujol y Fernández comenzó á inventariar ante Notario los bienes dejados por su madre, acudiendo al acto, después de comenzado, para intervenir en él, su hermano D. José, conforme le había facultado su difunta madre, y suspendido el inventario en dicho día, continuó y terminó en 16 del mismo mes, habiéndose satisfecho por los interesados el impuesto de trasmisión y registrádose la escritura:

Resultando que en 13 de Mayo de 1888 dedujo D. José Pujol y Fernández, en Barcelona, la demanda de este pleito, pidiendo se condenara en definitiva á su hermano D. Juan, á que en el término de diez días le pagara la cantidad de 70.000 pesetas en satisfacción del legado que de la mitad del capital de sus bienes, si no llegasen á 150.000 pesetas, le hizo su madre en el codicilo que se ha referido, junto con los intereses de dicha cantidad á razón de 6 por 100 anual desde el siguiente al de la muerte de la testadora hasta la fecha, en que se verificase el pago; y además de los hechos expuestos, alegó, entre otros, que en el inventario tomado de los bienes que dejó la testadora, autorizado por los hijos, quedó establecido que el valor de los bienes era de 140.000 pesetas, por lo que había quedado fijado el legado ordenado en el codicilo á favor del demandante en 70.000 pesetas, ó sea la mitad de aquel capital, ya que, según lo dispuesto por la testadora en su codicilo, legó á su hijo el actor la mitad del capital de sus bienes si no llegaba á 150.000 pesetas:

Resultando que D. Juan Pujol impugnó la demanda excepcionando la nulidad, la plus petición y la falta de acción y derecho, y por virtud de ellas se declarase en definitiva nulo y sin valor el codicilo de Doña Joaquina Fernández ó al menos el legado cuyo cumplimiento se reclamaba; y en el caso de que la nulidad no prosperase, se declarara que el legado pedido había de determinarse en su importe, mediante las deducciones de las legítimas y demás cargas hereditarias, con la reserva de hacerse la liquidación en el período correspondiente; declarando asimismo que no había lugar al abono de intereses al demandante en hipótesis alguna; y además de las alegaciones que estimó oportunas esta parte para justificar la procedencia de la petición de nulidad del codicilo, dijo que la cláusula de dicho codicilo en que se hacía el legado reclamado en la demanda era ininteligible, y no podía determinarse su verdadero sentido y efectos; pues se decía en ella que legaba la cantidad, á saber: si el capital no alcanzase á 30.000 duros, la mitad del mismo, ó sean 15.000; de manera que se suponía que 15 es la mitad de menos de 30, y después venía á asignarse al legado menor cantidad cuanto mayor fuese el capital; que en el supuesto de que el codicilo fuese válido y el legado que motivaba el pleito pudiera cumplirse, por saberse qué había querido decir la codicilante, negaba para tal caso que el valor de los bienes dejados por su madre importaran, según el inventario, 140.000 pesetas, pues de esa herencia tenían que deducirse, ante todo, las legítimas de los hijos, las deudas dejadas por la testadora, los gastos de última enfermedad, entierro, funerales é inventario, y por último, los legados especiales que la testadora ordenó á favor de varias personas; que fijado el importe de dichas deducciones en la liquidación correspondiente, se co-

nocería toda la entidad de la herencia, y el sobrante, si resultaba, sería en todo caso el que estaría sujeto al inexplicable legado que se demandaba, y que, por lo expuesto, era claro y evidente que en ningún caso podría el actor reclamar intereses del legado desde la muerte de la testadora, y al mismo tiempo formuló el demandado reconvención sobre punto ajeno al recurso interpuesto:

Resultando que en el escrito de réplica insistió el demandante en las pretensiones de su demanda, é impugnó la reconvención; y evacuado por el demandado el trámite de dúplica, se recibió el pleito á prueba, que utilizaron las dos partes con diferentes justificaciones sobre los distintos puntos litigiosos:

Resultando que en 22 de Mayo de 1890 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona sentencia confirmatoria con las costas de la segunda instancia, á cargo del apelante D. Juan Pujol y Fernández, condenando á éste en la calidad de heredero testamentario de Doña Joaquina Fernández y Pizarro, previa declaración de no haber lugar á la nulidad del codicilo de la misma Doña Joaquina, á la que en el término de diez días pague al demandante D. José Pujol Fernández la cantidad de 14.000 duros, equivalentes á 70.000 pesetas, en satisfacción del legado que de la mitad del capital de su herencia le hizo la mencionada Doña Joaquina Fernández y la suma de 43.425 pesetas 80 céntimos á que asciendan los intereses de dicho legado á razón del 6 por 100 anual desde el 16 de Mayo de 1879, fecha del inventario; y condenando á D. José Pujol Fernández, en virtud de la reconvención formulada por el demandado, á que se limite á ejercer sobre la casa torre, sita en San Vicente de Sarriá, tan sólo la servidumbre de uso, en la conformidad que se ordena en el codicilo de autos, reintegrando al D. Juan Pujol Fernández en la posesión y goce de dicha finca:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes, interpuso D. Juan Pujol Fernández recurso de casación, fundado en los párrafos primero y segundo del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo como infringidos:

1.° En cuanto la sentencia, declarando válido el legado codicilar que ha originado la demanda de D. José Pujol, condena al recurrente á pagar á su hermano D. José la cantidad de 14.000 duros, la ley 2.ª *Dig.*, libro 34, tít. 8.°, *De his quæ pro non scriptis habentur,* que dice: *Quæ in testamento scripta essent neque inteligerentur ea perinde sunt ac si scripta non essent;* en el concepto de que el legado, tal como está escrito en el codicilo, es ininteligible, pues las frases, *si el capital de mis bienes no alcanzase á treinta mil duros, equivalentes á ciento cincuenta mil pesetas, la mitad del mismo,* etc., no tienen *sentido;* bastando una simple operación aritmética á hacer evidente que 15.000 duros no pueden ser la mitad de un capital que no alcanza á 30.000; no sabiéndose por lo tanto qué es lo que lo que la testadora quiso legar por dicha cláusula, si la mitad del capital, ó los 15.000 duros:

2.° El mismo codicilo, ley en materia, al condenar la sentencia al recurrente á pagar al demandante la cantidad de 14.000 duros, iguales á 70.000 pesetas, en satisfacción del legado que de la mitad del capital de su herencia le hizo la mencionada Doña Joaquina Fernández, por cuanto el codicilo no habla de la mitad del capital de la herencia de la otorgante, sino de la mitad del capital de sus bienes:

3.° Las leyes 39, párrafo primero *Dig.*, libro 50, tít. 16, 43 *Dig.*, libro 33, tít. 2.°, y la 69 *Dig.*, libro 35, tít. 2.°, porque la sentencia no da lugar á que antes de determinarse el importe del legado se practiquen las deducciones de las deudas de la testadora, no obstante que, según dichas leyes, son bienes lo que resta pagadas las deudas; y por igual razón, y porque la legítima de los hijos tiene el carácter legal de deuda del padre ó madre, se-

gún las leyes 32 y 36, tít. 28, libro 3.º *Codicis;* la Auténtica siguiente á la ley 6.ª del mismo libro y título, y la ley 46, tít. 1.º, libro 6.º *Dig.*, no dando lugar la sentencia á que antes de determinarse el importe del legado se practique la deducción de las legítimas de los hijos de la codicilante, que debían cobrarlas en todo ó en parte á la muerte de la misma, las mismas leyes citadas en este sentido como infringidas, por no dar lugar la sentencia á la deducción precisa de las deudas de la testadora, así como las leyes, también citadas como determinantes del carácter legal de la legítima, resultando igualmente infringidas las leyes 22, párrafo noveno, título 30, libro 6.º Código, y la 1.ª, título 7.º, libro 11 *Dig.*, en unión de las ya citadas, por cuanto los gastos de última enfermedad, entierro y funerales é inventario, que son privilegiados según dichas leyes, afectan á los bienes hereditarios como una deuda, y no obstante esto, la sentencia recurrida no da lugar á que se practique la detracción de su importe antes de señalarse el del legado en cuestión;

Y 4.º Al condenar también la sentencia al recurrente al pago de 43.425 pesetas 80 céntimos en concepto de intereses del legado, á razón del 6 por 100 anual desde el 16 de Mayo de 1879, fecha del inventario, y el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto resulta incongruente con la demanda que solicitaba la declaración del derecho á los intereses del legado desde el día siguiente al de la muerte de la testadora, que ocurrió en 28 de Febrero de 1879, así como las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 47, libro 6.º, *Cod. de usur. et funt. legat.*, que no dan derechos á intereses de los legados de la clase del que se cuestiona, sino desde la contestación á la demanda, además de lo cual había que tener presente que los legados sujetos á la liquidación, al igual que toda deuda ilíquida, no pueden devengar intereses sino desde que se estima y fija su valor, á tenor de la jurisprudencia constante de este Tribunal Supremo, consignada, entre otras sentencias, en la de 11 de Marzo de 1887; siendo evidente, por lo anteriormente expuesto, que el legado en cuestión es ilíquido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que á la simple lectura de la cláusula del legado en cuestión, se comprende que éste es de la mitad del capital que dejare á su fallecimiento la testadora, si no llegase á 30.000 duros; y por lo tanto, que al condenar la sentencia al heredero por tal razón al pago de 14.000 duros, mitad del importe de dichos bienes, según el inventario de ellos, formalizado de común acuerdo por ambas partes, no infringe la ley citada en el primer motivo del recurso, relativo á que lo que no sea inteligible debe tenerse por no puesto en los testamentos, ni menos el codicilo mismo, siendo insignificante para este punto que en el fallo, después de determinarse la cantidad de 70.000 pesetas, que es lo dispositivo, se empleen las palabras demostrativas «mitad del capital de la herencia», en vez de «mitad del capital de sus bienes»:

Considerando que la sentencia, al determinar la cuantía del legado por el importe de los bienes que el heredero y legatario expresaron y valoraron en el inventario por ambos formado, no desconoce las definiciones contenidas en las leyes citadas en la primera parte del motivo 3.º, sobre que se entienden sólo bienes de una persona los que resten deducidas sus deudas, puesto que en dicho inventario no se contiene deuda alguna; ni infringe tampoco por la misma razón las leyes citadas en lo último de dicho motivo, relativos á que los gastos de funeral y otros análogos son preferentes y como deudas del difunto:

Considerando que son inaplicables al caso actual las demás leyes contenidas en el mismo motivo referentes á la integridad de la porción legítima, que debe ser libre, para los hijos, de merma y de gravámenes, lo cual no excluye que forme parte de la masa hereditaria de que debe ser

deducida, ni menos que se tenga en cuenta en la suma de bienes que la testadora dispuso que sirviese de base para fijar la cantidad legada:

Considerando que la ley 46, tít. 1.º, libro 6.º del *Dig.*, se refiere á los efectos de la estimación por el actor de la cosa que reivindica, y no tiene relación directa alguna con las cuestiones del pleito actual:

Considerando que en los legados de cantidad sólo se deben intereses desde la contestación á la demanda, al tenor de las leyes 1.ª y 4.ª, tít. 46, libro 6.º del Código, que han sido infringidas por la Sala al condenar al demandado al pago de intereses desde la fecha del inventario, á pesar de no haberse demandado por otro concepto que la de ser debidos en virtud de la acción que nace del testamento;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan Pujol Fernández, en cuanto al cuarto motivo en que se funda, y no haber lugar respecto de los demás; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 22 de Mayo de 1890 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, únicamente en cuanto condena á D. Juan Pujol al pago de intereses de la cantidad legada desde 16 de Mayo de 1879, fecha del inventario; y devuélvase al recurrente el depósito de 1.000 pesetas que ha constituído.—(Sentencia publicada el 25 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Septiembre del mismo año.)

199

Recurso de casación (26 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Nulidad de escritura y otros extremos*.—No ha lugar al interpuesto por D. Dionisio Fernández en pleito con D. Manuel Fernández (Audiencia de Las Palmas), y se resuelve:

Que la fuerza probatoria de los documentos públicos puede ser contradicha y enervada por otras pruebas de la misma ó diversa índole, y la sentencia que aplica esta doctrina, apreciando en conjunto y conforme á las reglas de la sana crítica la prueba documental y testifical del pleito, no infringe la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª:

Que son de desestimar los motivos del recurso, derivados de hechos que carecen de fundamento en el pleito:

Que apoderado un hijo por su padre para su representación y administración de sus bienes, si el segundo, ni en el poder ni en el testamento le relevó de la obligación de dar cuentas, sino solamente prohibió á sus herederos impugnar las que diese, y las que el primero presentó son sólo de algunos bienes, la sentencia que le condena á que presente la cuenta general de todos desde la fecha del poder hasta la en que tuvo lugar la muerte del poderdante, entiende llanamente y como suenan las palabras del testador, se sujeta estrictamente á su voluntad, y no infringe las leyes 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª; 7.ª, título 4.º, y 3.ª y 15, tít. 9.º, Partida 6.ª:

Que tampoco infringe la ley 6.ª, tít. 8.º, Partida 6.ª, si dicha sentencia no declara la nulidad de la mencionada cláusula prohibitiva de la impugnación, que en nada se opone á que el administrador cumpla con la obligación de rendir cuenta general de todos los bienes é intereses que ha administrado:

Que si el propio poderdante dispuso de algunos de sus bienes durante el tiempo en que fué administrador su hijo, claro es que éste no ha de rendir cuentas de aquéllos sino hasta la fecha en que salieron de su administración, y que no han podido, por tanto, ser infringidas las leyes 2.ª y 4.ª, tít. 13, Partida 3.ª; 20, 21 y 24, tít. 12, Partida 5.ª, y el último párrafo del artículo 580 de la de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Junio de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de la ciudad de Santa Cruz de La Palma y en la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria, por D. Manuel Fernández y Rodríguez, propietario, de aquella vecindad, representado por el Procurador D. Luis Lumbreras y defendido por el Letrado D. Antonio Maura, con su convecino y hermano D. Dionisio Fernández y Rodríguez, también propietario, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Licenciado D. Juan Alvarado, sobre nulidad de ciertas escrituras y documentos, propiedad de bienes y rendición de cuentas:

Resultando que D. Salvador Fernández Leal, casado con Doña Josefa Rodríguez Alfonso, y siendo de edad de ochenta y nueve años, confirió en 17 de Mayo de 1871 á su hijo D. Dionisio Fernández y Rodríguez poder amplio y bastante para que le representara en todos los actos y contratos que el otorgante tuviera necesidad de practicar, para que á su nombre y representación pudiera gravar, vender, hipotecar ó dar en pago cualesquiera clase de bienes, para que tomara cuentas á todos los que debían rendirlas ó las diera á quienes debiera darlas; percibiendo los saldos que á su favor resultaran, y formalizando de ellos los recibos y cartas de pago que se le exigieran para aceptar herencias, con ó sin beneficio legal de inventario; para aceptar cualquiera escritura, en cuya virtud se transmitiera al otorgante, por título gratuito ú oneroso, el dominio de cualesquiera bienes, acciones ó derechos; y, por último, para comparecer en juicio y celebrar actos de conciliación:

Resultando que D. José Abrén y Luján reconoció en escritura de 15 de Abril de 1871 haber recibido en préstamo de D. Dionisio Fernández Rodríguez 11.250 pesetas con el interés anual del 10 por 100, dando fe el Notario de la entrega del capital, verificada por D. Dionisio en el acto del otorgamiento:

Resultando que en escritura de 23 de Mayo de 1872, D. Juan Gutiérrez Pino confesó deber á D. Salvador Fernández Leal, por el concepto de saldo de cuentas que con él había llevado, la suma de 15.300 pesetas, concurriendo al acto D. Dionisio Fernández Rodríguez, que aceptó la escritura en nombre y representación de su padre, y en virtud del poder conferido por éste en 17 de Mayo de 1871:

Resultando que D. Juan Antonio Rodríguez Pérez otorgó en 18 de Julio de 1878 una escritura, en que confesó haber recibido en préstamo de D. Dionisio Fernández Rodríguez la cantidad de 2.430 pesetas con el interés anual de un 10 por 100, que garantizó con hipoteca; que en 15 de Abril de 1879, D. José Abrén Luján aseguró con la hipoteca la cantidad de 11.250 pesetas que había recibido en préstamo de D. Dionisio Fernández con interés de un 10 por 100; que D. José Hernández Armas, en escritura de 2 de Agosto de 1879, reconoció y constituyó hipoteca en favor del citado D. Dionisio por la cantidad de 3.045 pesetas que había recibido en préstamo, y que se obligó á pagarle en el plazo que estipuló; que en 22 de Abril de 1881 D. José María de la Concepción Losa otorgó escritura de préstamo con hipoteca á favor de D. Dionisio Fernández por la cantidad de 7.500 pesetas; y que D. Víctor Manuel Lorenzo y Lorenzo, como apoderado de su padre D. Pablo Lorenzo Kávana, otorgó escritura con hipoteca en 31 de Agosto de 1881 por la cantidad de 21.000 pesetas que había recibido en calidad de préstamo de D. Dionisio Fernández Rodríguez, con el interés del 10 por 100, dando fe el Notario de la entrega del dinero, verificado en el acto del otorgamiento:

Resultando que en carta de 20 de Agosto de 1881 manifestó D. Dionisio Fernández y Rodríguez á D. Víctor Lorenzo y Lorenzo, que su padre no

estaba conforme en comprar lo que no podía ver, ni él llevaba á gusto invertir un capital tan grande contra su voluntad, por lo que no se encontraba con ánimo de ofrecerle sino 7.000 pesos por toda la hacienda que la familia de D. Víctor tenía en Tijarafe: que no le hacía este ofrecimiento porque estuviera sofocado, sino porque le ofrecía contra su gusto y porque su padre decía que más quería 30 fanegas de trigo en Breña Alta, que 100 en Tijarafe, añadiéndole textualmente: «Cuando yo le dije que le contestaría, tenía pensado decirle que no compraba; si le parece que le tiene más cuenta, por servirle, y yo no perjudicarme, para que vea que no le ofrezco porque Ud. esté apurado, también le puedo dar la cantidad que su padre le debe á Doña Cristina, hipotecándome la misma hacienda que le tienen á ella; se lo doy al 10 por 100, y además costear Ud. la escritura y derechos de hipoteca; se lo doy por el plazo de un año, y al vencimiento pagarme dicha cantidad, y si no el compromiso de yo tomar dicha hacienda en los 7.000 pesos:

Resultando que en carta de 24 del mismo mes de Agosto de 1881, dirigida por D. Dionisio al parecer á su hermano D. Manuel, le dijo literalmente: «Ya por la que junto con ésta te mando, verás lo que le digo á Don Víctor Lorenzo, que estuvo el 15 en casa bastante apurado; yo creo que si acepta cualquiera de los dos negocios que le propongo, me parece que no salimos mal; tú la leerás, y si te parece que no estoy equivocado, se la puedes mandar; si tú ves que la hacienda no vale más de los 7.000 pesos, y que no es buen negocio para nosotros, en ese caso no le mandes la carta á D. Víctor y avísale inmediatamente de mi parte qne no puedo yo servirle:»

Resultando que en carta de 31 de Octubre de 1880, manifestó D. Dionisio Fernández Rodríguez á D. Miguel de la Cruz, de la Habana, que en vista de la cuenta que le había remitido de los alquileres de su casa en Matanzas, no conviniéndoles pagar el 8 por 100 que les descontaba, había dispuesto su padre, y él secundándole como su apoderado, que cesara en lo sucesivo el tal encargo; participándoselo con aquella fecha al inquilino D. José María Vilés para que siguiera entendiéndose con él; y en carta de la misma fecha dijo D. Dionisio Fernández Rodríguez á D. José María Vilés, que aunque no tenía el gusto de conocerle, sin embargo de ser inquilino de su padre, de quien era apoderado general, por las casas que allí tenía, se veía en el caso de dirigirse á él para que en lo sucesivo se entendieran directamente para el pago de alquileres que haría cada seis meses á la persona que fuera portadora de su recibo:

Resultando que en 29 de Julio de 1881 D. Salvador Fernández Leal otorgó poder á D. Juan de la Cruz González, vecino de la Habana, para que administrara dos casas que tenía en la ciudad de Matanzas, arrendándolas por el precio que estimara conveniente, para que tomara cuentas á todos los que tenían obligación de rendirlas al otorgante por haber tenido á su cargo los bienes que poseía en la isla de Cuba, incluso las referidas dos casas; para que reclamase y percibiese cuanto pudiera corresponderle y le representase en toda clase de juicios; revocando y dando por nulos todos los poderes que con fecha anterior hubiese conferido á otras personas para la administración de los bienes que poseía en la isla de Cuba y para los demás particulares contenidos en aquel poder:

Resultando que D. Dionisio Fernández Rodríguez, como apoderado de su padre D. Salvador Fernández Leal, otorgó en 6 de Mayo de 1872 una escritura de retroventa de una tierra labrantía, viña y árboles con dos casas y un aljibe en el pueblo de Breña Baja á favor de Doña Manuela González Duque, asistida de la representación de su marido D. Miguel Sosvilla, y por escritura de 30 de Junio del mismo año, el citado D. Dionisio, como apoderado también de su padre, adquirió una finca por título de

compra de D. Manuel Méndez Fernández y D. Antonio Fernández Sicilia:

Resultando que en 25 de Abril de 1883 se otorgó judicialmente en rebeldía del vendedor y ejecutado D. Ventura Wanghemert Lorenzo y de D. José María León Hernández escritura de venta de tres fincas, una de ellas, con un cuarto de hora de agua cada diez días, sitas en término municipal de los Llanos, á favor de D. Dionisio Fernández Rodríguez, el cual al aceptar la venta y adjudicación manifestó que las tres fincas que adquiría correspondían á su padre D. Salvador Fernández Leal, de ciento un años de edad, viudo, propietario, vecino del pueblo de Breña Alta; puesto que el crédito hipotecario reseñado en la cláusula 1.ª de aquella escritura, aunque figuraba á nombre del otorgante, pertenecía realmente á su repetido padre, y de consiguiente las expresadas fincas dadas en parte de pago de dicho crédito, eran del mismo, y así quería que se inscribieran en el Registro de la propiedad:

Resultando que por escritura de 25 de Mayo de 1883, de que se tomó anotación preventiva por falta de índices en el Registro de la propiedad, Doña Josefa y Doña Luisa Fierro Vandewalle vendieron á D. Dionisio Fernández Rodríguez, en precio de 5.000 pesetas, tres fincas rústicas, sitas en término municipal de Breña Baja, en los puntos denominados Socorro, Tonelero y Sumacal, con linderos que respectivamente se expresan:

Resultando que Doña Josefa Rodríguez Alfonso falleció intestada en 12 de Mayo de 1880, siendo declarados herederos de la misma por auto de 2 de Diciembre del propio año sus hijos D. Dionisio, D. Manuel y Doña Josefa Fernández Rodríguez:

Resultando por conformidad de las partes qne no se promovió judicial ni extrajudicialmente la partición de los bienes de Doña Josefa, todos los cuales continuaron disfrutados y administrados por el cónyuge superviviente D. Salvador Fernández Leal; el cual en 14 de Noviembre del propio año 1880 otorgó testamento, en el que instituyó por sus únicos y universales herederos á sus tres citados hijos; declarando en la cláusula 5.ª que su hijo D. Dionisio era apoderado general y administrador de todos sus bienes, y quería y mandaba que sus otros dos hijos pasasen por las cuentas que aquél diere sin ponerles objeción alguna; y por la cláusula 8.ª legó á su dicho hijo D. Dionisio, en recompensa de sus desvelos en atender á sus intereses, y de los cuidados que le había prestado en su vejez, toda la cochinilla, vinos y cereales que se hallasen devengados y recogidos el día de su fallecimiento; y además le legó otros objetos y el servicio y muebles de la casa, todo lo cual le sería imputado como mejora del tercio, y si excediese, del quinto:

Resultando que ocnrrido el fallecimiento de D. Salvador en 13 de Junio de 1883, sus hijos y herederos aprobaron en escritura de Junio del siguiente año 1884 la partición de sus bienes y de los de su difnnta esposa y madre Doña Josefa Rodríguez Alfonso, haciendo al final las declaraciones siguientes: primera, que todos los créditos pertenecientes al caudal de D. Salvador y Doña Josefa dejaban de consignarse en aquella partición por haber convenido los tres interesados en ella en seguir disfrutando dichos créditos mancomunadamente hasta que por cualquiera de ellos se reclamase la correspondiente partición; cuyos créditos constaban de escrituras públicas otorgadas ante Notario, de pagarés suscritos por los deudores y de cuentas que aún estaban pendientes de liquidación; y segunda, que todos los bienes y créditos pertenecientes á la testamentaría y abintestato de que se trataba, ya procediera de los padres comunes ó de los causahabientes, se dividirían entre los tres interesados en la misma proporción que se habían dividido los inmuebles:

Resultando que en escritura de 10 de Marzo de 1884 dió en préstamo con garantía hipotecaria D. Dionisio Fernández Rodríguez 11.250 pesetas

á D. Blas Carrillo Batista, en representación de su esposa Doña Rosalía Alvarez Romero, y por otra de 28 de Abril del propio año, D. Dionisio Fernández Rodríguez compró unas huertas en precio de 18.750 pesetas á Don Pedro y Doña Josefa Alvarez Massieu:

Resultando que en acto de conciliación que en 13 de Mayo de 1885 se celebró ante el Juez municipal de Breña Alta, declaró D. Dionisio Fernández Rodríguez que reconocía que el crédito de 960 pesetas prestadas á D. José Enríquez Brito, con el interés anual de un 10 por 100, pertenecía á la herencia de su padre, siendo por tanto divisible entre sus hijos y herederos por iguales partes:

Resultando que D. Manuel Fernández Rodríguez dedujo demanda en 16 de Junio de 1885 contra su hermano D. Dionisio, alegando, después de hacer méritos de algunos de los antecedentes que quedan referidos, que ninguno de los hijos y herederos de Doña Josefa Rodríguez Alfonso promovió judicial ni extrajudicialmente la partición de sus bienes, que continuó disfrutando el cónyuge superviviente hasta su fallecimiento; que el poder otorgado por D. Salvador Fernández á su hijo lo fué por derecho propio y en concepto de marido de Doña Josefa; que D. Dionisio aceptó dicho poder inmediatamente, habiendo llevado en virtud de él la representación de su padre durante los doce años transcurridos desde su fecha hasta la muerte del otorgante, ocurrida á los ciento un años de edad; que el mandatario D. Dionisio Fernández Rodríguez tenía por costumbre, extralimitando los términos del mandato, constituir en nombre propio créditos pertenecientes á su padre y mandante, como así resultaba justificado por confesión del mismo en el acto conciliatorio y en el otorgamiento de la escritura de 25 de Abril de 1883; que siguiendo aquél dicha costumbre de constituir indebidamente en su nombre créditos pertenecientes á sus padres, constituyó en esta forma al colocarlos con dinero dado para ello y por encargo de su padre los créditos ya referidos de 18 de Julio de 1878, 15 de Abril de 1871, 2 de Agosto de 1879 y 22 de Abril y 31 de Agosto de 1881, y además otros cinco que refirió y que constaban de documentos privados; que el repetido D. Dionisio recibió igualmente de su padre el precio de la compra de las tres fincas rústicas adquiridas de Doña Josefa y Doña Luisa Fierro Vandewall, no obstante lo cual consintió que se pusiera indebidamente en la escritura que las compraba para sí, habiendo reconocido que el crédito de las 21.000 pesetas prestadas á Don Pablo Lorenzo Kávana era de la pertenencia de su padre, como resultaba de las cartas dirigidas por el demandado á D. Manuel Fernández y Rodríguez y á D. Víctor Manuel Lorenzo; que D. Dionisio Fernández y Rodríguez no se ausentó nunca de la isla, excepto una sola vez en que fué por pocos días á Las Palmas, y vivió siempre, hasta la muerte de su padre, en compañía de éste, por quien fué mantenido él y su familia, por no haber tenido, como tampoco su esposa, ninguna herencia con anterioridad al fallecimiento de sus padres ni ejercido industria ni profesión, no habiendo tampoco figurado en las listas electorales del pueblo de Breña Alta, que había sido el de su constante vecindad, como elector contribuyente, ni satisfecho ninguna clase de contribución; y que D. Salvador Fernández Leal pasaba generalmente por uno de los hombres más ricos de la isla, porque además de tener en ella muchas y productivas fincas, disfrutaba los rendimientos de algunas casas que poseía en Cuba y manejaba capitales crecidos, que tenía por costumbre dar á préstamo con interés, estando en la conciencia pública que debía tener mucho dinero prestado y en arcas, porque hacía pocos gastos por haber vivido siempre en el campo, y no haber comprado más que una sola finca, la adquirida en su representación por D. Dionisio y D. Ventura Wangüemert Lorenzo, y ejercitando las acciones que le competían como uno de los herederos de sus finados padres,

terminó suplicando se declarasen nulas las escrituras y documentos privados, en cuanto de ello resultaba que los créditos hipotecarios y simples reseñados y las tres fincas destinadas eran de la exclusiva pertenencia de D. Dionisio Fernández y Rodríguez, y en su consecuencia se declarase que los expresados créditos y fincas correspondían y pertenecían aquéllos á las herencias de D. Salvador Fernández Leal y de su mujer Doña Josefa Rodríguez Alfonso, y las fincas á la herencia de D. Salvador, y que en su virtud debían ser todos divididos por iguales partes entre los tres hijos y herederos de los repetidos finados; condenando al demandado D. Dionisio Fernández y Rodríguez á que consintiera la expresada división y á otorgar los correspondientes documentos públicos necesarios para ello, con las costas del pleito:

Resultando que D. Dionisio Fernández Rodríguez contestó á la demanda, alegando: que en el poder no se comprendieron ni pudieron comprenderse los bienes quedados por fallecimiento de Doña Josefa Rodríguez, porque D. Salvador no podía disponer de ellos ni conferir á otro facultades que no tenía, ni se hizo extensivo á los bienes que tenía en la isla de Cuba, que ya administraba y continuó administrando su yerno D. Felipe de la Cruz Rodríguez; que por el mismo poder no se confirieron al mandatario facultades para que manejase el dinero del mandante, y mucho menos para que lo diera á préstamo, teniendo en su poder D. Salvador la llave con que custodiaba su dinero, por lo cual D. Dionisio no pudo constituir en nombre propio créditos pertenecientes á su padre; que las declaraciones que había hecho de que algunos créditos que estaban á su nombre pertenecían á su padre, no demostraban que los constituyese por mandato de éste y extralimitando sus términos, toda vez que tal mandato no constaba ni lo hubo, aunque por haber facilitado su padre el dinero, como hombre honrado había declarado que los créditos le pertenecían, no pudiendo ser este motivo bastante para suponer que tuviera por costumbre constituir en nombre propio créditos que no le pertenecían; que de las dos cartas presentadas por el demandante no podía inferirse el hecho de que el demandado hubiese reconocido que el crédito de 21.000 pesetas que D. Pablo Lorenzo Kávana constituyó á su favor fuese de la pertenencia de D. Salvador; que D. Dionisio Fernández estuvo siempre dedicado á la industria agrícola, pues su padre le dió á partido de medias toda la viña que poseía, permitiéndole también cultivar papas, para sí y por su cuenta propia, así como también plantar nopales para cultivar cochinilla, disfrutando todo el producto por voluntad de su mismo padre; que le dió además una hacienda para que la cultivase, la cual en el tiempo en que tuvo valor la cochinilla produjo al D. Dionisio bastante dinero, con el cual negociaba dando á préstamo, con interés, dinero propio suyo que reunió, porque no tenía que gastar nada en su subsistencia y la de su familia, á la que subvenía su padre; que D. Dionisio Fernández llevó á su poder la tercera parte de las prendas de oro y piedras preciosas que fueron de su madre y el dinero que dejó, todo lo cual se dividió á su fallecimiento; y tanto por esto como por lo demás que quedaba dicho, pudo prestar á su hermano D. Manuel algunas cantidades; que en los contratos que constaban de los documentos presentados con la demanda, sólo intervino el demandado con los que con él contrataron y para con él solamente se obligaron, habiendo celebrado el mismo D. Dionisio todos estos contratos en nombre propio suyo y para sí, y no en representación de su padre, ni para éste; que el propio demandado poseía y tenía en su poder los créditos y fincas que constaban de dichos documentos por títulos singulares, cuales eran los contratos de préstamo y compra, y no en concepto de heredero de sus padres; que el actor sabía, cuando se practicó la partición de los bienes de sus padres, que su hermano D. Dionisio poseía á título de dueño las tres

fincas situadas en Breña Baja, que había comprado á Doña Josefa y Doña Luisa Fierro; que las acciones ejercitadas en la demanda eran la de nulidad de documentos y la de división y petición de herencia, de las que había hecho uso el actor con el carácter de heredero y en representación de los derechos que pertenecieron á sus padres, fundándose en los títulos de estas herencias, como igualmente en el mandato de que se había hecho mérito; y que el propio demandante había dirigido dichas acciones contra su hermano D. Dionisio, no en el concepto de heredero de sus padres, sino con el carácter y consideración de que poseía y tenía en su poder por títulos singulares créditos y fincas que suponía pertenecían á dichos sus padres; terminando por todo ello con la pretensión de que se le absolviera de la demanda, é imponiendo al actor perpetuo silencio y las costas:

Resultando que D. Manuel Fernández Rodríguez sostuvo al réplicar, que D. Dionisio había reconocido que su padre le concedió facultades para dar dinero á préstamo, toda vez que, haciendo uso del poder, dió 15.300 pesetas á D. Juan Gutiérrez Pino por escritura de 23 de Marzo de 1872; que poco después del fallecimiento de su padre invirtió en nombre propio 30.000 pesetas en una compra y un préstamo, y que en la partición de los bienes de su padre consignaron los interesados que todos los créditos procedentes de los padres comunes quedaban pendientes de liquidación y partición, y que si aparecían cualesquiera otros bienes de la misma procedencia no comprendidos en la partición, se dividirían con sujeción á las reglas seguidas en ella:

Resultando que suministrada prueba por las partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 7 de Marzo de 1887, absolviendo á D. Dionisio Fernández Rodríguez de la demanda, sin hacer expresa condenación de costas; é interpuesta apelación por el demandante, se remitieron los autos á la Audiencia de Las Palmas:

Resultando que el mismo D. Manuel Fernández Rodríguez dedujo otra demanda en 11 de Septiembre de 1885 contra su hermano D. Dionisio, para que se le condenase á rendir las cuentas documentadas de la administración mancomunada que tuvo de los bienes que fueron de sus padres desde el día 17 de Mayo de 1871, en que por D. Salvador Fernández Leal se otorgó la oportuna escritura de poder, hasta el día 13 de Junio de 1883, en que ocurrió el fallecimiento de dicho D. Salvador, debiendo comprender las indicadas cuentas el mencionado período de tiempo, venir extendidas y comprobadas con arreglo á derecho, y hacerse exhibición con ellas de la tercera parte líquida del saldo íntegro que al demandante correspondiera, con expresa condenación de costas al demandado; alegando, después de hacer mérito de los antecedentes que tienen relación con la pretensión referida, que el demandado no había presentado nunca para su aprobación á su padre las cuentas de la administración de sus bienes y los de su citada esposa, y con posterioridad á su fallecimiento tampoco las había rendido á sus herederos, negándose á verificarlo y á exhibir el saldo que debía obrar en su poder, no obstante que reconocía que tenía obligación de darlas; que se había negado asimismo á rendir las cuentas de la administración que tuvo de los bienes de su madre, y también á dividir con sus hermanos la parte correspondiente á dicha finada de los frutos pendientes y recolectados que quedaron en la casa mortuoria al fallecimiento del padre común, y los muebles y demás enseres y efectos de la misma procedencia que se hallaban en análogos casos; y que en la partición de los bienes quedados por fallecimiento de sus padres, se reconocía que los créditos pendientes que constaban de escrituras públicas, pagarés suscritos por los deudores y cuentas pendientes de liquidación, quedaban proindiviso hasta tanto que los solicitara alguno de los interesados; y cualesquiera otros bienes de aquella procedencia que se descubrieran en lo sucesivo, de-

bían ser también divididos con estricta sujeción á las reglas establecidas:

Resultando que acompañando el demandado D. Dionisio una cuenta justificada de la administración de los bienes de su padre, que arrojaba un saldo á su favor de 2.039 reales 36 céntimos, contestó á la demanda solicitando que se declarara que el demandado había cumplido con la obligación de rendir las cuentas, que nunca se negó á dar, y sin motivo alguno se le habían exigido judicialmente, las que desde luego presentaba, mandando al demandante que estuviera y pasara por ellas; absolviendo, en su consecuencia, al demandado de la demanda, con imposición de perpetuo silencio y las costas; y que se condenase á dicho actor á que entregase al demandado la cantidad de 900 pesetas que importaban la tercera parte de las rentas de tres trozos de terreno sitos en término de la villa de Los Llanos, que llevó en arrendamiento á su padre, por precio de 300 pesetas cada año desde el de 1874 hasta el 23 de Enero de 1884, y además los intereses correspondientes; y en el caso de que fuera negado este contrato y no fuera fácil probarlo cumplidamente, á dar cuentas documentadas de su administración, con exhibo de su alcance en la tercera parte que con los intereses de demora le correspondía; á que le entregara igualmente 5.375 pesetas, tercera parte de las 16.125 que le prestó su padre para la compra de una finca en la dehesa de la Encarnación, que no había pagado á sus herederos; y últimamente, á que rindiera cuentas también con exhibo de la tercera parte del saldo que de ellas resultase de los productos de una hacienda denominada Hermosilla, situada en las villas de El Paso y Llanos, que administró desde el año 1867 hasta el 23 de Enero de 1884, sin que hubiese dado cuentas de ellas ni á su padre ni á sus herederos; alegando para ello que si bien era cierto que su padre le otorgó poder para que le representara en todos los actos y contratos y para otros fines, administró, sin embargo, por sí y manejó su dinero, presentándose al tiempo de la recolección de frutos á recibir cuantos á la casa se llevaban, y disponiendo por completo de ellos; que nunca se había negado á rendir cuenta ni á sus padres ni á sus hermanos de lo que había entrado en su poder; y si bien no lo había hecho antes, fué por creer que no se le exigirían, porque sus hermanos sabían que si algún saldo resultase, debía ser en su favor; y porque su padre en su testamento mandó que estuviesen y pasasen por las que diese, sin poner objeción alguna; que á pesar de que el poder no podía considerarse extensivo á los bienes de su madre, presentó cuenta desde luego de todas las cantidades que habían entrado en su poder, prescindiendo de su procedencia; que siempre vivió con su mujer é hijos en la casa de su padre; que atendió constantemente á todos los gastos de ella y de toda la familia, sin que por nadie se le pidieran ni pudieran pedir cuentas de lo que percibía y gastaba; y que D. Salvador en su testamento declaró que su hijo D. Dionisio era su apoderado general y administrador de todos sus bienes, y que quería que sus otros hijos pasaran por las cuentas que diese, sin ponerle objección alguna; y le legó toda la cochinilla, vino y cereales que se hallasen devengados y recogidos el día de su fallecimiento, en cuyos frutos consistió el producto ordinario de sus bienes rústicos en cada año:

Resultando que el demandante replicó que desde que D. Salvador Fernández contrajo matrimonio con Doña Josefa Rodríguez entró de hecho y de derecho en la administración y gobierno de todos los bienes de su esposa, por habérselos entregado expresa y señaladamente para que los administrara, y que por tanto, en virtud del poder otorgado por D. Salvador á su hijo, éste administró y gobernó los bienes de ambos; que al fallecimiento de Doña Josefa no se practicó partición de sus bienes, continuando el demandado en la administración de ellos, por la circunstancia de habitar éste en familia con D. Salvador hasta su fallecimiento, desde cuyo día

continuó habitando por cuenta propia el demandado en la casa mortuoria, habiendo quedado en su poder los papeles, metálico y cuantos efectos pertenecían al padre común, administrando los bienes de todas clases hasta el día 3 de Junio de 1884, en que se verificó la partición; que el demandado se había negado á rendir cuenta de la administración que tuvo de los bienes quedados por fallecimiento de Doña Josefa Rodríguez, y á dividir la parte correspondiente á dicha finada de los frutos pendientes y recolectados que quedaron en la casa mortuoria al fallecimiento del padre común, y los muebles y demás enseres y efectos de la procedencia materna que se hallaban en análogo caso; que las cuentas presentadas no podían ser aprobadas por imperfectas y deficientes, toda vez que en el *cargo* no se incluían la mayor parte de las cantidades percibidas por el cuentadante, y que éste pretendía también *datarse* con ciertas sumas que ni había pagado ni le eran de legítimo abono; deduciendo de las observaciones que consignó, que el *cargo* de las cuentas de administración que debía rendir el demandado era de 160.961 pesetas 90 céntimos, y la *data* de 5.740 pesetas 84 céntimos; y por último, impugnó la reconvención, que no es objeto del actual recurso:

Resultando que recibido el juicio á prueba, se trajo á él testimonio de las posiciones evacuadas en el pleito anterior por D. Manuel Fernández Rodríguez; que confesó que era cierto que su padre colocaba el dinero, el cual estaba unas veces en su poder y otras en el de su hermano, pues la llave del arca estaba en poder de los dos; y absolviendo además posiciones en este pleito, dijo que su padre le entregó diversas cantidades para emplearlas en mejorar su finca de Hermosilla, habiéndosele computado en su legítima al verificarse la partición; que asimismo le había entregado 4.000 y pico de pesos para completar el precio de una finca, no en calidad de préstamo, sino para que disfrutara de sus rendimientos mientras viviera su padre, y traerla después de su muerte á colación; que le dió tres trozos de tierra sitos en la villa de Los Llanos, para que los disfrutara mientras viviera, en razón á que no tenía nada, como lo había hecho respecto de sus hermanos; y que cuando contrajo matrimonio le dió para sostener sus cargas la finca denominada Hermosilla:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia en 13 de Marzo de 1888 absolviendo á D. Dionisio Fernández Rodríguez de la demanda, y aprobando en su consecuencia las cuentas de administración presentadas por el mismo; y arrojando el cargo de ellas un total de 21.580 pesetas 94 céntimos, con más la cantidad de 5.380 pesetas 90 céntimos por la adición solicitada por la parte demandada en su escrito de dúplica, y su data un total de 23.620 pesetas 90 céntimos, y existiendo por estos dos conceptos una diferencia de 3.340 pesetas y 94 céntimos á favor de los tres herederos y sucesores de D. Salvador Fernández Leal, mandando que dentro del términο de ocho días fuera entregada á D. Manuel Fernández Rodríguez la tercera parte de la mencionada cantidad diferencial; declarando no haber lugar á la mutua reconvención pretendida á la parte demandada, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que interpuesta apelación por el demandante, se remitieron los autos á la Audiencia de Las Palmas, y que estimada en ella la acumulación de estos autos á los que anteriormente quedan referidos, acordando que continuaran en un solo juicio para ser terminados en un solo fallo; la Sala de justicia de dicha Audiencia dictó sentencia en 10 de Febrero de 1890, revocando la apelada y condenando á D. Dionisio Fernández y Rodríguez á rendir en el término de tres meses á los demás herederos de su padre D. Salvador Fernández Leal las cuentas de todos los bienes é intereses pertenecientes á aquél desde 17 de Mayo de 1871, fecha en que el citado D. Salvador le otorgó el poder amplio y general para que

los administrara, hasta la de su fallecimiento, declarando asimismo que los créditos de 11.250 pesetas y de 21.000 pesetas, que aparecían prestados por el demandado respectivamente á D, José Abrén Luján y á D. Pablo Lorenzo Kávana, se constituyeron con capital propio del mencionado D. Salvador Fernández Leal, y correspondían, por lo tanto, á todos sus herederos; condenando en su consecuencia al demandado D. Dionisio Fernández y Rodríguez á dividirlos por iguales partes entre dichos herederos; absolviendo por último de la demanda al mencionado D. Dionisio Fernández, por lo que hacía á las demás pretensiones deducidas contra él en los pleitos acumulados de que se trataba, dejando firme y subsistente la sentencia dictada por el Juez inferior en el pleito sobre división de los créditos y fincas referidos, en cuanto por ella se absolvió al actor D. Manuel Fernández y Rodríguez de la reconvención formulada por el demandado, cuyo extremo no había sido objeto de la apelación, sin hacer especial condenación de costas en ninguno de los dos pleitos ni instancias:

Resultando que D. Dionisio Fernández y Rodríguez ha interpuesto recurso de casación, alegando:

1.º Que al declarar la sentencia que los créditos de que se trata pertenecen á la herencia de D. Salvador Fernández y deben ser partidos entre los herederos de éste, incurre en error de derecho é infringe la ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, que dice: cómo los documentos públicos otorgados con arreglo á derecho, tienen fuerza para probar lo que en ellos se contiene, pero no lo que no se haya expresado en los mismos; y no habiéndose expresado en el poder que D. Salvador Fernández otorgó á favor de su hijo D. Dionisio que el mandato se extendiera á manejar y dar á préstamo el dinero del poderdante, y expresándose en las escrituras de préstamo que D. Dionisio celebró estos contratos en nombre propio y obligándose para con él los prestatarios, era indudable que fueron otorgados á favor del mismo, y que á él le correspondían los derechos y obligaciones que de dichos documentos se derivaban:

2.º Que al estimar el fallo la acción de petición de herencia dirigida por D. Manuel Fernández contra su hermano D. Dionisio, que poseía los créditos mencionados por títulos singulares, se infringe la doctrina jurídica de que dicha acción no puede dirigirse en ningún caso contra el que posee por título singular, consignada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 28 de Mayo y 17 de Diciembre de 1864, 28 de Junio de 1866 y 30 de Marzo de 1889:

3.º Que se infringe la doctrina jurídica derivada de las leyes 20, 21 y 24, tít. 12 de la Partida 5.ª, de que, del mandato sólo hace en favor del mandante acción civil para obligar al mandatario á que ejercite el cargo que aceptó, á que le rinda cuentas y le indemnice los daños y perjuicios que le ocasionara; la doctrina jurídica declarada, entre otras sentencias, en la de 20 de Febrero de 1882, de que cuando entre dos ó más personas han mediado cuentas, no puede estimarse la petición de una para que se condene á la otra al pago de una cantidad hasta que por el resultado de las cuentas se conozca si es ó no deudor; el principio de derecho de que *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest;* la doctrina jurídica consignada, entre otras sentencias, en la de 26 de Febrero de 1875, de que al que no ha intervenido en un documento, no puede éste favorecerle en modo alguno; y el principio de derecho *nemo plus conmodi relinqui quam ipse habuit;* pues compareciendo en los autos D. Manuel Fernández con el carácter de heredero de su padre el mandante D. Salvador, era claro que sólo podía ejercitar contra el mandatario D. Dionisio la acción directa del mandato para que rindiese cuenta de su administración, practicándose de este modo la liquidación previa, sin la que no se podían determinar las responsabilidades de mandato y mandatario, careciendo, por tanto, el actor de

las acciones que había ejercitado en este juicio, pues no tenía derecho para pedir la nulidad de documentos en que no intervino su causante, ni para reclamar participación en contratos celebrados por el mandatario en nombre propio y sobre cosa completamente distinta de aquellas á que el mandato se refería:

4.º Que se infringe el principio de derecho de que la voluntad del testador es ley para los que han aceptado la herencia, pues habiendo dispuesto D. Salvador Fernández en la cláusula 5.ª de su testamento, que sus herederos debían pasar por las cuentas que presentase D. Dionisio, sin oponerles objeción alguna, fundándose la acción de D. Salvador en el mandato susodicho, era claro que le comprendía de lleno la disposición de dicha cláusula, y por tanto, afirmando D. Dionisio que esos créditos no fueron constituídos con dinero de su padre, había que pasar por esa declaración:

5.º Que admitiendo la sentencia las obligaciones puestas por D. Manuel Fernández contra la terminante disposición testamentaria de su padre, y rechazando las cuentas presentadas por D. Dionisio, infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, que dice que las palabras del testador deben entenderse llanamente y como suenan; la doctrina sentada por este Tribunal Supremo, entre otras muchas sentencias, en las de 29 de Abril de 1881, 24 de Mayo de 1882 y 12 de Octubre de 1885, de que la voluntad del testador es ley en materia de sucesión, en cuanto no se oponga á las prescripciones de la moral y del derecho, debiendo cumplirse en los mismos términos que la manifestó, excluyendo toda interpretación cuando la simple lectura del testamento apartaba cualquiera duda respecto de su significación; la doctrina sentada igualmente en la última de las referidas sentencias, de que si el testador en su testamento reconoció la buena fe del recurrente, su administrador general, y por ello mandó á sus herederos que aprobasen sin reparo ni objeción la cuenta de dicho administrador, tal mandato era obligatorio para los herederos que aceptaron la herencia cuyos derechos no afectaba, y la cláusula 5.ª del testamento de D. Salvador Fernández, ley en la materia, pues diciendo el testador terminantemente que quería que sus hijos D. Manuel y Doña Josefa pasasen por las cuentas que presentara su otro hijo D. Dionisio, sin oponerles objeción alguna, era evidente que los herederos que habían aceptado la herencia con arreglo al testamento en que constaba esa disposición, estaban obligados á pasar por las cuentas presentadas por D. Dionisio, sin oponerles objeción de ningún género, ni establecer caprichosas distinciones, como hacía la sentencia:

6.º Que ha sido también infringido en otro concepto el principio de derecho de que la voluntad del testador es la primera ley en materia de sucesión, pues habiendo legado expresamente D. Salvador Fernández á su hijo D. Dionisio todos los muebles de su casa y todos los frutos recogidos, era claro que no debía dar á nadie cuentas de esos bienes:

7.º Que se han infringido las leyes 7.ª, tít. 4.º, y 3.ª y 15, tít. 9.º, Partida 6.ª; la doctrina de que la voluntad del testador es obligatoria para sus herederos, y el principio universal de derecho *non debet cui plus licet quod minus est non licere*, puesto que mandando D. Salvador Fernández á sus herederos que aprobasen las cuentas que presentara el recurrente sin oponerlas objeción alguna, tal mandato era obligatorio para los herederos, á los cuales pudo del mismo modo prohibirles que pidiesen cuentas al mandatario, estableciendo á favor de éste un legado perfectamente válido y obligatorio para aquéllos:

8.º Que se ha infringido la doctrina sentada por este Supremo Tribunal en sentencias de 17 de Diciembre de 1873 y 6 de Febrero de 1874, de que cuando las acciones se apoyan en la nulidad de un acto ó contrato, lo pri-

mero que hay que pedir legal y directamente es esa nulidad, pues fundándose la pretensión de D. Manuel Fernández en que la disposición de la cláusula 5.ª del testamento de su padre era nula por menoscabar su legítima, había debido pedir directamente la declaración de nulidad:

9.º Que se infringe la ley 6.ª, tít. 8.º, Partida 6.ª, que dice: «como el que ha reconocido la validez del testamento no puede pedir luego su nulidad»; el principio universal de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, y la doctrina sentada por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 28 de Mayo de 1874 y 19 de Octubre de 1876, de que la conformidad del heredero aceptando con sus actos el testamento, y percibiendo la parte de herencia que por él le corresponde, lleva en sí la caducidad de la acción para pedir la nulidad del mismo testamento, pues habiendo aceptado D. Manuel Fernández la herencia de su padre y entrado en posesión de la parte, que con sus hermanos practicara con sujeción estricta á lo dispuesto en el testamento del padre, y habiendo además presentado en el pleito dicho testamento como uno de los fundamentos de su derecho, era evidente que, con arreglo á las leyes y doctrina citadas, no podía hoy rechazar ninguna de las disposiciones contenidas en dicho testamento:

10. Que al condenar la sentencia á D. Dionisio Fernández á rendir cuentas de todos los bienes é intereses de su padre D. Salvador desde la fecha del poder para administrar hasta el día del fallecimiento del mandante, por considerar que había administrado de hecho todos esos bienes é intereses, incurre en evidente error de hecho, que se demuestra por el testamento de D. Salvador, en cuya cláusula 9.ª se declara que D. Manuel Fernández había dispuesto de capital perteneciente á su padre sin autorización de éste; la declaración prestada por D. Manuel Fernández en el pleito de petición de herencia de ser cierto que D. Salvador había ejecutado actos de administración después de haber conferido el poder á su hijo, y la declaración explícita de D. Manuel Fernández, de que el mismo actor usufructuó dinero y bienes de su padre, sin pagar un real ni retribución de ningún género; y que al prescindir de esta confesión del actor, que demostraba que el recurrente no administró todos los bienes é intereses de su padre, incurría el fallo en error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo las leyes 2.ª y 4.ª, tít. 13, Partida 3.ª, el último párrafo del art. 580 de la ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencias de 20 de Abril y 8 de Julio de 1871, de que la confesión hecha en juicio con los requisitos que las leyes exigen, hace daño al que la face:

11. Qne se ha infringido el principio de derecho de que nadie puede dar lo que no tiene; el principio *ab imposibile nemo tenetur,* y la doctrina sentada de 10 y 13 de Febrero de 1864, de que, según las leyes 20, 21 y 24 del tít. 12, Partida 5.ª, para hacer efectiva la responsabilidad del mandatario por sus actos, había de constar como precedente necesario que éstos se ejercieron, pues constando como quedaba demostrado que algunos bienes de D. Salvador Fernández no fueron administrados por su hijo Don Dionisio, por haberlos aquél cedido gratuitamente á su hijo D. Manuel, según éste había reconocido terminantemente, era claro que no podía Don Dionisio ser obligado á rendir cuentas de una administración que no había tenido, y por tanto, la sentencia que no excluía de las fincas é intereses, de cuya administración debía rendir cuenta D. Dionisio, las fincas y el dinero cedido en usufructo por D. Salvador á su hijo D. Manuel, infringía los principios, la doctrina y las leyes citadas;

Y 12. Que en el mismo concepto infringe el fallo referido la doctrina jurídica de que el mandato termina por la revocación expresa hecha por el mandante, pues habiendo revocado D. Salvador Fernández en el poder que

en 18 de Junio de 1881 otorgó á favor de D. Juan de la Cruz González todos los que con anterioridad tuviera conferidos para administrar las dos casas de Matanzas, era claro que desde dicho día no pudo D. Dionisio administrar esas fincas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara:

Considerando que la sentencia no infringe la ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, que invoca el recurso en el primero de sus motivos, porque la fuerza probatoria de los documentos públicos puede ser contradicha y enervada por otras pruebas de la misma ó de diversa índole; y esta doctrina, consignada en sentencias de este Tribnual Supremo, aplica la Sala sentenciadora, apreciando en conjunto y conforme á las reglas de la sana crítica la prueba documental y testifical del pleito al estimar que los créditos escriturarios de 11.000 pesetas contra D. José Abrén Luján y de 21.000 contra D. Pablo Lorenzo Kávana se constituyeron por más que no se exprese en los documentos de deber, con conocimiento, con consentimiento y con dinero de D. Salvador Fernández, de quien era apoderado general su hijo D. Dionisio:

Considerando que asimismo son de desestimar los motivos primero tercero y cuarto, como derivados de hechos que carecen de fundamento en el pleito sobre reclamación de créditos y fincas, porgue no fué la acción de petición de herencia la entablada y discutida en dicho pleito, sino las que le competan, dijo el demandante, como heredero de D. Salvador Fernández y de Doña Josefa Rodríguez, para que vengan al cuerpo general de bienes los créditos y las fincas que se expresan, y se dividan por partes iguales entre los herederos; porque no deriva el derecho que pretende hacer efectivo el recurrido D. Manuel Fernández del contrato demandado que otorgara el padre común en favor de su hijo D. Dionisio, sino de su personalidad de heredero; y porque el ejercicio de su acción no se opone en poco ni en mucho al precepto que en la cláusula 5.ª de su testamento consignó el D. Salvador de que no se impugnaran por sus herederos las cuentas que presentara su hijo D. Dionisio:

Considerando que también son improcedentes los motivos quinto, sexto y séptimo del recurso; porque la sentencia estima que fué general el poder que D. Salvador Fernández dió á su hijo, que de hecho y de derecho administró todos los bienes é intereses de su padre; y como éste, ni en el poder ni en el testamento relevara de la obligación de dar cuentas á su expresado hijo, sino solamente prohibió á sus herederos impugnar las que diese, y como las que presentó el recurrente con su escrito de contestación á la demanda, que son sólo de algunos bienes y no de todos, siendo uno de los extremos discutidos en el pleito si comprendía todos ó parte de los bienes del D. Salvador la administración que éste confirió á su hijo D. Dionisio, la Sala sentenciadora, al condenar á éste á que presente la cuenta general de todos los bienes é intereses de su difunto padre desde la fecha del poder hasta la en que tuvo lugar la muerte del poderdante, entiende llanamente y como suenan las palabras del testador, se sujeta estrictamente á su voluntad, que ha sido respetada en cuanto la sentencia se limita á que el recurrente rinda la cuenta general de todos los bienes que administró, y de cuya obligación no le relevó su difunto padre, dejando íntegras para su día todas las cuestiones á que pueda dar lugar la inteligencia, extensión y eficacia de la cláusula en que el testador prohibió que sus herederos impugnasen las cuentas que había de rendir su hijo y administrador general:

Considerando que igualmente carecen de fundamento legal los motivos octavo y noveno, porque la sentencia recurrida no ha declarado la nulidad de la cláusula 5.ª del testamento de D. Salvador Fernández, que en nada se opone á que el recurrente cumpla con la obligación de rendir la cuenta general de todos los bienes é intereses que ha administrado:

Considerando, por último, que si dispuso D. Salvador Fernández de algunos bienes de su propiedad durante el tiempo en que era su apoderado general su hijo D. Dionisio, y si dió en ese tiempo en administración á Don Juan de la Cruz González dos casas que le pertenecían en Matanzas, claro es que de estos bienes no ha de rendir cuenta sino hasta la fecha en que salieron de su administración, y en este concepto no tienen aquí aplicación y no han podido, por tanto, ser infringidas las leyes y doctrinas que se citan en los motivos 10, 11 y 12 del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Dionisio Fernández y Rodríguez, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Las Palmas la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Agosto del mismo año.)

200

RECURSO DE CASACIÓN (27 de Junio de 1891).—Sala primera.—*Retracto del dominio útil.*— Ha lugar, en parte, á la admisión del interpuesto por D. Manuel Domínguez en pleito con D. Francisco Portas (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que la sentencia absolutoria de una demanda sobre retracto del dominio útil, declarando que el actor no ha justificado aquel derecho sobre la finca que reclama, no infringe la ley 16, tít. 32, Partida 3.ª, ni los artículos 659 y 1620 de la de Enjuiciamiento civil, si el Tribunal sentenciador funda su fallo en el resultado de las pruebas documental y testifical, deduciendo que no consta la transmisión del dominio al demandante, y contra tal apreciación no se cita ley infringida en los términos que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que si la parte á quien favorece el fallo no solicitó la condena de costas ni la reserva de derechos, la sentencia que otorga ambas cosas y extiende la condena comprendiendo las de segunda instancia, no obstante ser apelado el condenado en ellas, infringe las leyes 16, y 8.ª, tít. 22, y 27, tít. 23, Partida 3.ª; 2.ª, tít. 19, libro 11, y el art. 359 de la de Enjuiciamiento civil:

Que no puede defenderse dicho fallo, alegándose que es de la competencia exclusiva de la Sala apreciar la temeridad de los que litigan, porque no es llegado el caso de aplicar tal apreciación.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Junio de 1891, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Cambados y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por D. Manuel Domínguez del Valle, propietario, vecino de Villanueva de Arosa, con D. Francisco Portas Díaz, jornalero, residente en Buenos Aires, sobre retracto del dominio útil de una casa; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación el Letrado D. Luis Espada y Gutín y el Procurador D. Manuel Martín Veña, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que en escritura otorgada en el convento-hospital de Corpus Christi y Nuestra Señora de la Piedad de Pontevedra en 7 de Octubre de 1775, el Prior y monjes de dicho convento dieron en foro á Francisco de Chazo y su mujer María Benita Mariño, á Antonio Pillado y á Teresa de Abad, vecinos de Villanueva de Arosa, cuatro casas terrenas unidas bajo un techo, aunque con sus respectivas divisiones y salidas y árboles en éstas, sitas en la misma villa de Villanueva, con linderos que se señalaron

en renta, canon y pensión anual de 30 reales, con las condiciones, entre otras, de que los recipientes del foro no habían de poder vender, permutar ni de otra manera enajenar las expresadas casas y sus salidas sin previo requerimiento á dicho Prior, comunidad ó quien le sucediese, por si querían hacer uso del derecho de tanteo, y en el caso de no quererlas las podrían vender con su licencia y permiso, expresando en las ventas el directo dominio, vendiendo sólo el útil que adquirirían, y pagando la décima parte del precio de la venta en reconocimiento de señorío y dominio:

Resultando que en expediente de jurisdicción voluntaria instruído en el Juzgado de primera instancia de Cambados, se autorizó por auto de 12 de Septiembre de 1873 á Doña Antonia Insúa para la venta en pública subasta de una de las casas á que se refiere la anterior escritura, perteneciente á sus hijos menores habidos en matrimonio con D. José María Coves, ya difunto, habiendo quedado adjudicada la casa en dicha subasta en la cantidad de 1.251 pesetas, á favor de D. Francisco Portas Díaz, á quien le fué otorgada la correspondiente escritura de venta en 10 de Julio de 1878, que fué anotada preventivamente en el Registro de la propiedad de Cambados en 26 de Abril de 1879, é inscrita definitivamente en 26 de Enero de 1882, habiéndose consignado en dicha escritura que la casa se componía de dos cuerpos, alto y bajo, y estaba señalada con el núm. 12 de la calle principal que conduce del extinguido Priorato á San Mauro, en Villanueva de Arosa, y estaba gravada con la pensión anual de 15 reales para el dominio de la casa del Rial, ó sea, al parecer, á D. Jacobo Ozores, Señor de Rubianes:

Resultando que D. Manuel Domínguez del Valle celebró acto de conciliación con D. Francisco Portas Díaz en 17 de Septiembre de 1887, en el que éste reconoció y confesó que había adquirido por escritura pública la casa susodicha, y en 20 del mismo mes dedujo Domínguez del Valle, en el Juzgado de primera instancia de Cambados, demanda de retracto contra Portas Díaz, á la que acompañó tan sólo copia de la escritura pública de constitución de foro de 7 de Octubre de 1775, exponiendo que tenía el directo dominio de la renta de 9 reales anuales, gravados sobre la casa adquirida por Portas Díaz, y que por dicha casa había venido percibiendo de D. Jacobo Ozores, Señor de Rubianes, la expresada renta de 9 reales anuales, sin que hasta el día 12 de aquel mes hubiera tenido noticia de que el demandado Portas Díaz hubiese comprado dicha casa, ignorando aun el precio y si en la escritura de compra se había consignado el expresado gravamen y las demás obligaciones impuestas en la escritura de foro, ó sea el derecho de tanteo y pago de laudemio en reconocimiento del dominio directo, y haciendo presente que no renunciaba á ninguno de los expresados derechos de tanteo y laudemio, y que estaba pronto á constituir fianza en garantía de que consignaría el precio de la venta tan pronto como le fuese conocido, y consignando además el compromiso que contraía de no separar ambos dominios en el período de seis años, concluyó solicitando se declarase en definitiva haber lugar al retracto, con imposición de costas al demandado:

Resultando que el Juzgado proveyó en 1.° de Octubre siguiente, teniendo por intentado el retracto á que la demanda se contraía y confiriendo traslado de ella al comprador Portas Díaz, y habiéndose hecho el emplazamiento por medio de cédula, que se entregó en 11 de dicho mes al hijo político del demandado D. Rogelio Rivero, acudió éste al Juzgado con un escrito del 19, manifestando que D. Francisco Portas Díaz se había ausentado con su mujer en la madrugada del mismo día 11, embarcándose en el vapor *La Plata*, que había salido del puerto de Carril para la América del Sur, por lo que le era imposible entregarle la cédula de emplazamiento y copias de que se había hecho cargo y que devolvía:

Resultando que en su consecuencia se sustanció el juicio en rebeldía del demandado, suministrando el actor prueba testifical con el fin de acreditar el dominio directo que tenía sobre la casa en cuestión; y habiendo consignado el precio de la venta tan pronto como quedó acreditada en autos su cuantía por mandato del Juzgado; y una vez conclusos los autos, se suspendió el dictar sentencia á petición del denunciante, manifestó se hallaba en vías de transacción con la parte contraria, habiendo durado tal suspensión desde 30 de Junio de 1888 hasta 17 de Julio de 1889, en que volvió el demandante á instar el curso del pleito:

Resultando que dictada sentencia por el Juez de primera instancia de Cambados, declarando haber lugar al retracto, apeló de ella el Procurador D. Manuel Silva, que se personó á nombre de D. Francisco Portas Díaz, con poder que le tenía otorgado antes de ausentarse para América, y admitida la apelación en ambos efectos, se remitieron los autos á la Audiencia del territorio, y después de un incidente, que no es del caso referir, se recibieron á prueba á petición del apelante, que la suministró testifical y documental, consistiendo ésta en una compulsa de la escritura de compra ya referida de 10 de Julio de 1879, y certificación de su inscripción en el Registro de la propiedad:

Resultando que en 14 de Noviembre de 1890 dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, revocando la del Juzgado y declarando no haber lugar á la demanda de retracto intentada á nombre de Don Manuel Domínguez del Valle contra D. Francisco Portas Díaz, y absolviendo á éste de la misma, con las costas de ambas instancias á dicho demandante, reservando además al D. Francisco Portas su derecho para que lo usase si le conviniere:

Resultando que D. Manuel Domínguez del Valle interpuso recurso de casación, fundado en los números 1.º, 3.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo los siguientes motivos:

1.º La infracción de las reglas de crítica racional, contenidas en la ley 32, tít. 16, Partida 3.ª, y del art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón del error de hecho y de derecho cometido por la Sala sentenciadora en la apreciación de las pruebas, por cuanto ha prescindido en absoluto de la testifical suministrada por el recurrente, sin aceptarla ni rechazarla, y de los actos auténticos consistentes en el cobro de la pensión que le pagaba el Señor de Rubianes, hecho probado y no contradicho por nadie en el pleito, ó en su defecto, ha supuesto la misma Sala sentenciadora que la circunstancia de que no fuese el Señor de Rubianes quien vendió la casa á Portas, hacía imposible la existencia del dominio directo del recurrente y el útil del Señor de Rubianes en la misma casa, siendo así que ambos hechos son conciliables y verdaderos, por cuanto se desprende de la prueba que el Señor de Rubianes había subaforado antes la finca á otra tercera persona, aunque sin conocimiento del señor directo:

2.º La infracción del art. 1620 de la ley de Enjuiciamiento civil y la sentencia de 25 de Junio de 1887, entre otras, en el concepto de que resultaba probada la ocultación de la compra hecha por Portas Díaz en el hecho de no darle aviso de ella al recurrente, ni hacer constar en los anuncios de la subasta ni en las escrituras sus derechos; ocultación que demuestra que la demanda se dedujo en tiempo oportuno, á tenor del artículo y sentencias citados, contra lo que sostiene la Sala sentenciadora, interpretando equivocadamente las citadas disposiciones, y suponiendo con error que basta que la inscripción se haya hecho para que no quepa ya la posibilidad de la ocultación:

3.º La ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, y el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que imponen la necesidad de que las sentencias resuelvan de absoluta conformidad con las peticiones oportunamente formuladas,

sin que valga la declaración sobre puntos que no han sido sometidos al Tribunal, toda vez que la sentencia condena en las costas de ambas instancias al recurrente y reserva derechos á Portas Díaz, sin que aparezca solicitada ninguna de las dos cosas por éste en el apuntamiento, con el que se conformó:

4.º La infracción de la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, que condenan la imposición de costas de la primera instancia al litigante temerario, por haber sido aplicada con errores de hecho que resultan del apuntamiento, pues aunque es de libre apreciación del Tribunal sentenciador el juzgar de la temeridad, cuando ésta se funda explícitamente en hechos inexactos, no puede prevalecer, toda vez que en el presente caso la Sala sentenciadora funda la temeridad y mala fe en la forma y ocasión de entablar la demanda, creyendo que se aprovechó para ello la circunstancia de la ausencia del demandado, cuando resulta del apuntamiento que poco antes de presentarse la demanda celebró el demandante acto de conciliación con el demandado, y que aquélla fué presentada el día 20 de Septiembre de 1887, dictándose providencia el 1.º de Octubre, y la ausencia de Portas no se efectuó hasta el 11 de este último mes, además de lo cual se funda la temeridad y mala fe del recurrente en haber pedido la suspensión del pleito en primera instancia so pretexto de transacción, á pesar de que la parte contraria estaba ausente, en ignorado paradero, y no había posibilidad de trato alguno con ella, y no es exacto que estuviera ausente para este efecto, pues en uno de los resultandos de la misma sentencia recurrida se dice que antes de ausentarse el demandado había dejado poder al Procurador Silva para seguir este pleito, y por lo tanto con él podía entablar gestiones de transacción el recurrente;

Y 5.º La infracción igualmente de las leyes 27, tít. 23, Partida 3.ª, y 2.ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilación, confirmadas en multitud de sentencias, entre ellas, en las de 10 de Mayo, 24 de Octubre de 1881 y 27 de Septiembre de 1886, que reconocen todas la imposibilidad de imponer las costas de segunda instancia al apelado, como lo hace la sentencia recurrida.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Soler:

Considerando que la Sala al declarar que D. Manuel Domínguez no ha justificado su dominio directo sobre la casa que se reclama, y absolver á D. Francisco Portas de la demanda de retracto interpuesta por el Domínguez en 20 de Julio de 1887, no infringe la ley 16, tít. 32, Partida 3.ª, ni los artículos 659 y 1620 de la ley de Enjuiciamiento civil, citados en los motivos 1.º y 2.º, porque el Tribunal sentenciador funda su fallo en el resultado de la prueba documental, ó sea la escritura de 7 de Octubre de 1775, constitutiva de un foro, y de la testifical suministrada por ambas partes, deduciendo que no consta la transmisión del dominio al demandante, y contra tal apreciación no se cita ley infringida en los términos que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil y demás citadas en los motivos 3.º, 4.º y 5.º, porque debiendo ser la sentencia congruente con lo pedido por las partes, no consta que el demandado D. Francisco Portas haya solicitado la condena de costas ni la reserva de derecho, la Sala otorga ambas cosas y extiende la condena, comprendiendo las costas de la segunda instancia, no obstante ser apelado el demandante, y lo que previene la ley 2.ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilación, sin que pueda defenderse el fallo, alegándose que es de la competencia exclusiva de la Sala apreciar la temeridad de los que litigan, porque no es llegado el caso de aplicar tal apreciación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso

de casación interpuesto por D. Manuel Domínguez del Valle respecto de los motivos 3.º, 4.º y 5.º, y no haber lugar respecto de los otros dos, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 14 de Noviembre de 1890 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, únicamente en cuanto condena al demandante Domínguez del Valle al pago de las costas de ambas instancias, y reserva á D. Francisco Portas su derecho para que lo use si viese convenirle.—(Sentencia publicada el 27 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Agosto del mismo año.)

201

COMPETENCIA (27 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Alimentos.*—Se declara mal formada la sostenida por los Juzgados de los distritos del Centro de Madrid y de San Román de Sevilla, acerca del conocimiento de la demanda interpuesta ante el segundo por el Marqués de Peñaflor contra los Síndicos del concurso necesario de Doña Concepción Ojeda, y se resuelve:

Que si conociendo con perfecto derecho un Juzgado de un juicio universal de acreedores, y otro del universal también de testamentaría, pretenden ambos que una demanda interpuesta por el Administrador judicial de la testamentaría contra los Síndicos del concurso se una al juicio de que cada uno entiende por estimarla incidente del mismo, esta contienda tiene en realidad el carácter y condiciones propias de una cuestión de acumulación de autos:

Que en la sección 2.ª del tít. 4.º de la ley de Enjuiciamiento civil se fija y determina la tramitación que debe observarse siempre que se trate de esas cuestiones de acumulación, tramitación especial y distinta de la establecida en materia de competencias en los artículos 72 y siguientes de la misma ley citada.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Junio de 1891, en la competencia pendiente ante Nos promovida por el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta corte, á petición de D. Vicente Barberá y Fernández de Villegas, D. Pablo de Arquibel y Lengarán y D. Servando Fernández Victorio y Arenas, Abogados y vecinos de esta capital, en concepto de Síndicos del concurso necesario de acreedores de Doña Concepción Ojeda Jurado Valdelomar, Condesa viuda de Luque, al de igual clase del distrito de San Román de Sevilla, en el conocimiento de la demanda entablada por D. Juan Bautista Pérez de Barradas y Bermúy, Marqués de Peñaflor, como Administrador de las testamentarías de los Condes de Luque, contra dicha sindicatura, sobre que se declare tener satisfechas cumplidamente las citadas testamentarías, y en su nombre y representación el referido Marqués, como tal administrador de las mismas, la obligación de abonar por vía de alimentos á la Condesa viuda la suma de 1.000 pesetas mensuales, en la mitad de dicha pensión y hasta que transcurran cuatro años y dos meses, contados desde el de Julio de 1887, y estar extinguida cumplidamente dicha obligación en lo respectivo á la mitad y tiempo expresados; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la mencionada Condesa viuda de Luque, y la sindicatura de su concurso, respectivamente representadas y defendidas por los Procuradores D. Ildefonso Gutiérrez Illana y D. José Nieto Cañadas, y los Letrados D. Eulogio Eduardo Bassave y D. Juan Antonio Peña, así como también compareció el Marqués de Peñaflor, que luego ha desistido de ser parte en la competencia:

Resultando que pendiente en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Román de Sevilla el juicio de testamentarías de D. Cristóbal

Fernández de Córdova y Rojas y su primera esposa Doña María del Valle Aguilar y Espinosa, Condes de Luque, se acudió al propio Juzgado en 2 de Noviembre de 1873 por Doña Concepción Ojeda y Valdelomar, segunda esposa del Conde, con la solicitud de que se la señalasen alimentos provisionales hasta verificarse la liquidación del caudal de su finado esposo, pretensión á que se accedió por la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio en sentencia de 27 de Abril de 1874, revocatoria de la del Juez de primera instancia, y se le asignaron 1.000 pesetas mensuales, que habían de satisfacerse por meses anticipados y por cuenta del haber que en la liquidación del referido caudal la correspondiera; debiendo verificar inmediatamente la testamentaría el pago de la primera mensualidad:

Resultando que declarada en concurso necesario de acreedores por el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta capital la Doña Concepción Ojeda, se acordó la retención y entrega á los Síndicos de la referida pensión alimenticia, únicos bienes de que hasta entonces había podido hacerse cargo el concurso, repartiéndose, por acuerdo judicial, en dos mitades de 500 pesetas, de las que había de percibir una por vía de alimentos la concursada y los Síndicos la otra:

Resultando que la Condesa viuda de Luque, en escritura fecha 4 de Junio de 1887 ante el Notario de esta corte D. Antonio Rodríguez de Gálvez, manifestó que habiendo pedido á todos los interesados en la testamentaría de su esposo su conformidad para que por la administración de ella se la anticipasen 25.000 pesetas por cuenta de la mitad de la indicada pensión, única que tenía libre, habían accedido á su petición, siendo una de las condiciones que hiciese constar la entrega en documento público, en virtud de lo que otorgó que recibía en aquel acto de D. Juan Bautista Pérez de Barradas, Marqués de Peñaflor, Administrador judicial de la enunciada testamentaría, por mano de D. José María de la Puerta y Fernández de Córdova, la expresada suma de 25.000 pesetas, que había de aplicarse á la mitad que venía percibiendo por alimentos, pues la otra mitad la tenía intervenida por diferentes Juzgados, y se obligó á no cobrar dicha mitad hasta que la testamentaría se hiciese pago del capital anticipado, empezando á no percibirla desde el mes de Julio, entonces próximo, hasta que transcurriese la mensualidad cincuenta, ó sean cuatro años y dos meses, y se sometió expresamente á los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Sevilla, renunciando todo otro fuero, para que se lo hiciesen guardar y cumplir, designando esta dicha villa para oir las notificaciones y practicar las demás diligencias á que la escritura pudiera dar lugar:

Resultando que el Administrador judicial de las expresadas testamentarías, Marqués de Peñaflor, acudió al Juzgado de San Román, de Sevilla, en el ramo sobre prestación de alimentos, y formuló en escrito fecha 19 de Julio de 1889 demanda incidental, en la que, ejercitando la acción personal, solicitó se declarase: que las testamentarías de los Condes de Luque, y en su nombre y representación el demandante, como Administrador de aquéllas, tenían satisfecha cumplidamente la obligación que le impuso la ejecutoria del Tribunal Superior, de abonar por vía de alimentos á la Condesa viuda la suma de 1.000 pesetas mensuales, en la mitad de dicha pensión y hasta que transcurriesen cuatro años y dos meses, contados desde el de Julio de 1887; que esa obligación, en lo respectivo á la expresada mitad y tiempo, estaba extinguida cumplidamente; y en su virtud se condenase á los Síndicos del concurso de la Condesa viuda á respetar la paga hecha y á abstenerse de molestar con reclamaciones encaminadas á obtenerla de nuevo á las indicadas testamentarías y al Marqués de Peñaflor, su represntante como tal Administrador de ellas, y en todas las costas:

Resultando que admitida la demanda incidental que se mandó unir al ramo correspondiente, se confirió de ella traslado á la sindicatura, para

cuyo emplazamiento se libró exhorto á esta capital, y en 19 de Noviembre de 1889 acudió con escrito del 13 al Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de la misma la mencionada sindicatura del concurso de acreedores de la Condesa viuda de Luque, y expuso: que acababa de ser citada y emplazada á virtud de exhorto del Juzgado de primera instancia de San Román de Sevilla con la demanda antes relacionada, á fin de que compareciera á contestarla en el término de quince días; cuya demanda debió entablarse en aquel Juzgado del Centro, por lo cual promovía cuestión de competencia por inhibitoria, consignando no haber empleado la declinatoria, y pidió se tuviese por promovida la insinuada cuestión, y se declarase competente el Juzgado del Centro, acordando la retención del exhorto librado para el emplazamiento de la sindicatura; y que se dirigiera otro al Juzgado del distrito de San Román de Sevilla, para que se inhibiese de conocer de la repetida demanda, y la remitiera con los documentos y todo lo demás allí obrado y que se obrase, y en apoyo de dicha pretensión alegó: que el mismo demandante expresaba ejercitar una acción personal, disponiendo la ley de Enjuiciamiento civil vigente, en su art. 62, regla 1.ª, como la de 5 de Octubre de 1855, por la cual se rige al parecer la testamentaría en el 5.º, que en los juicios en que se ejerciten aquella clase de acciones, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento, y como en el caso de la demanda, aun concediendo no haber lugar para el cumplimiento de ninguna obligación, porque si lo hubiese sería Madrid, donde se decía haber pagado los alimentos, los Síndicos demandados vivían en esta corte, lugar del contrato á mayor abundamiento, y por tanto, al Juez de Madrid, y no al de Sevilla, competía conocer de la demanda; pues si bien los juicios de testamentaría tienen el privilegio, según el art. 1003 de dicha ley, de atraer las ejecuciones y demandas pendientes contra el finado, ó que se susciten contra los herederos, nunca cuando las testamentarías ó los herederos tuvieran que entablarlas contra terceras personas; que á más de ello, el artículo 161 de la repetida ley de Enjuiciamiento, en su cláusula 3.ª, dice que procede acumular á los juicios de concurso toda demanda formulada ó que se formule contra el caudal sujeto al mismo; y como la mitad de alimentos de que se trataba estaba declarada parte del activo del concurso, y contra ella se dirigía la demanda, surgía y radicaba realmente el fuero de atracción en el juicio universal de concurso, y no en el de las testamentarías, cuya representación se presentaba como demandante; apareciendo ésta concretamente consagrada en el art. 1187 de la enunciada ley, preceptivo de ser acumulables á los juicios de concurso las acciones y pleitos expresados en el 1003, entre los cuales estaba el promovido por el Marqués de Peñaflor; y que se dividiría la continencia de la causa si el Juez del concurso mandase embargar esa parte del activo, consistente en unos alimentos retenidos á la concursada, bajo cualquier pretexto, desde que se la declaró en estado de concurso como lo estaba haciendo, sin suspender los procedimientos, á pesar de percibirlo el Juez de la testamentaría y éste conociese y se empeñase en conocer de la demanda que admitió al retentor:

Resultando que comunicadas las diligencias al Ministerio fiscal á los efectos del art. 90 de la ley Procesal, emitió dictamen fundado en análogas consideraciones de la sindicatura en el sentido de proceder el requerimiento de inhibición, dictando el predicho Juzgado del Centro auto de 13 de Diciembre de 1889, por el que se declaró competente para conocer de la enunciada demanda, y dispuso se librase oficio inhibitorio al de San Román de la ciudad de Sevilla, fundado: en que en la demanda formulada por el

Administrador judicial no se trataba de
directamente se relacionasen con los heredcitar acciones que directa ni in-
de Luque, para lo cual aun sería preciso, con ni con los bienes del Conde
tículo 1003 de la ley de Enjuiciamiento civil, que lo al claro texto del ar-
sen contra ellos por terceras personas, al contrario de... que sucede... ejercita-
presente caso, de que esas terceras personas eran las de... ndadas; por lo
cual, no pudiendo estimarse la demanda como incidental de... juicio de tes-
tamentaría, no tenía aplicación al caso el art. 55 citado en aquella; que la
indicada demanda sólo tiende á que se declare el mejor derecho que pueda
tener el Administrador de la testamentaría, los Síndicos del concurso ó
Doña Concepción Ojeda, á percibir la mitad de cierta pensión ó cantidad
correspondiente á ésta, por lo cual no cabía dudar que se trataba de bienes independientes en absoluto de los de aquella testamentaría, y sujetos, por tanto, al juicio que acordó su embargo, como incidencia de él, con arreglo al citado art. 55, al 161, regla 3.ª, y 1187, en relación con el 1003 de la ley de Enjuiciamiento civil, y por tanto, que era procedente la acumulación solicitada por el Procurador Nieto:

Resultando que librado el oficio requiriendo de su inhibición al Juzgado de San Román de Sevilla, éste acordó la suspensión del curso de la demanda, y que se oyese acerca de la inhibitoria al demandante, cuya representación presentó escrito en solicitud de que se denegase la inhibición promovida, oficiándose al Juzgado del Centro de Madrid, á fin de que manifestase que desde luego dejaba expedita la competencia del primero, y para ello alegó: que en la pieza de autos formada á solicitue de la Condesa viuda de Luque para sustanciar la demanda sobre prestación de alimentos, se había verificado todo lo relativo al pago periódico de esa pensión, existiendo en el mismo ramo la certificación ejecutoria, estando cumpliéndose la cual, el Marqués de Peñaflor, como Administrador de las testamentarías, satisfizo á la Condesa la mitad de la pensión hasta una época determinada; y los Síndicos del concurso habían exigido que esa paga se verificase de nuevo, bajo el supuesto de haber sido ineficaz é ilegítima; habiendo interpuesto el Marqués la demanda para obtener la declaración de estar extinguida la obligación que á la testamentaría impuso la ejecutoria, en orden á la mitad de la referida pensión y hasta dicha época, tratándose, por tanto, de averiguar si estaba ó no cumplida la ejecutoria con relación á esa mitad de pensiones, y de decidir sobre la extensión y límites de los deberes impuestos á las testamentarías por una sentencia firme dictada en aquella pieza de autos y de cuyo cumplimiento se trataba en la misma; siendo preciso tener en cuenta que se provocaron las testamentarías de los Condes de Luque y se dictó la referida ejecutoria muchos años antes de declararse el concurso, y antes también de esta declaración se satisfizo la cantidad objeto de la demanda; que los Síndicos habían promovido la inhibitoria á pretexto de haberse acordado en una pieza del concurso, ya declarado éste, el reembargo de la pensión alimenticia; y sobre todo, que ese acuerdo no sólo afectaba á los bienes de las testamentarías, sino que alteraba el estado de cosas creado previa y legítimamente en las mismas; que el art. 919 de la ley de Enjuiciamiento civil declara privativa, para la ejecución de toda sentencia firme, la competencia del Juez ó Tribunal que haya conocido del asunto en primera instancia, y el 55 define la competencia del Juez que la haya tenido en el conocimiento de un negocio, haciéndola extensiva á todas sus incidencias y á la ejecución de la sentencia que le ponga término, sancionándolo así el art. 302 de la ley orgánica del Poder judicial, en armonía con la Constitución del Estado, habiendo tenido efecto la paga hecha por el Marqués de Peñaflor, en satisfacción de una pensión alimenticia acordada en el juicio de testamentaría por la Autoridad judicial que conoce del mismo, única llamada á acordar lo

conveniente sobre este punto, s[illegible] dispone el art. 1.100 de la citada ley; y que la demanda objeto d[illegible]nhibitoria se había formulado en la pieza de autos sobre aliment[illegible]omo incidental de la misma, en cuyo concepto la admitió el J[illegible]o y la mandó sustanciar en la indicada pieza, [illegible] supuest[illegible]a inhibición que exclusivamente se refiere á la demanda aislada [illegible] ilegítima; porque la inhibitoria exige que exista un pleito ó juic[illegible] cuyo conocimiento se disputen dos Jueces distintos, como así lo hab[illegible] sancionado este Tribunal Supremo en la propuesta en el mismo neg[illegible]cio por el Juzgado de Sevilla al del Centro de Madrid con motivo de u[illegible] exhorto librado por éste á solicitud de los Síndicos, á fin de que se requiriese al Marqués de Peñaflor para la entrega del importe de las mismas pensiones origen de la demanda; declarando entonces que no había medios de decidir la cuestión con el carácter de competencia, porque no aspirando el Juez de las testamentarías al conocimiento del concurso, ni el de éste al de aquéllas, faltaban las condiciones indispensables para la existencia legítima de la contienda jurisdiccional:

Resultando que oído el Ministerio fiscal, propuso que teniendo en consideración los principios consignados en los artículos 55, 56, 919 y 1.100 de la ley de Procedimientos, declarase el Juzgado de San Román que no procedía en manera alguna la inhibición solicitada por el del Centro; y aquel Juzgado, en auto de 7 de Febrero del año último, fundado en que la demanda de que se trata, lejos de dirigirse contra bienes sujetos al concurso, tendía á evitar que los representantes de este juicio tratasen de perjudicar los de testamentaría, obligando á verificar un pago ya hecho; sin que pudiera invocarse que el concurso es juicio universal que tiene la fuerza de atracción que la ley le otorga, porque también lo era y mucho más antigua que aquél la testamentaría; que todo lo relativo al pago de alimentos á la Condesa viuda se verificaba en cumplimiento de la ejecutoria en aquel ramo de testamentaría, estando, por tanto, fuera de toda duda que el único competente para conocer de todo cuanto con dichos alimentos se relacionase, lo era el Juzgado que proveía, conforme con lo prevenido en el art. 919 de la ley de Enjuiciamiento civil; y que si bien en la demanda se ejercitaba una acción personal, era la nacida de la escritura de anticipo de alimentos, y de ella claramente resultaba la sumisión á los Juzgados de Sevilla, siendo evidente que la interpretación que el requirente daba á la índole y pretensiones de dicha demanda era errónea, y por ello estaban faltos de base los fundamentos del auto dictado por el último de los referidos Juzgados; declaró no haber lugar á acordar la inhibición propuesta:

Resultando que recibido en el Juzgado del Centro oficio y testimonio remitidos por el de San Román, comunicándole lo por éste resuelto, aquél, con fecha 7 de Marzo de 1890, dictó auto por el que, considerando que al entablar la inhibición, lo hizo sin vista de la pieza de alimentos del concurso de la Condesa viuda de Luque, por hallarse pendiente de apelación en la Audiencia; habiendo sido la cuestión que se ventilaba, según manifestaban las partes, entendida y prejuzgada por este Tribunal Supremo con motivo de idénticas reclamaciones entre los mismos litigantes, y según la doctrina sentada, las reclamaciones hechas por el Marqués de Peñaflor era un incidente del juicio mismo de testamentarías; doctrina que se confirmaba teniendo en cuenta que la demanda con que se emplazaba á la sindicatura se presentaba como incidental en aquel juicio, que se interponía á nombre del Administrador judicial en quien, fuera de aquél, no cabría representación legal para el efecto; que tenía por objeto discutir el cumplimiento del auto de Juez competente, que señaló los alimentos dentro del juicio de testamentaría, y que sólo por ella y en dicho juicio, con arreglo al art. 55 de la ley de Enjuiciamiento civil, podía determinarse,

siempre en forma incidental, si conforme al 1100 de la misma ley había debido ó no anticiparse á la Condesa, por vía de alimentos, la cantidad correspondiente á cincuenta mensualidades; que, conforme á la misma doctrina de este Supremo Tribunal, «no contendiendo el Juez del distrito de San Román para que se inhiba y remita el del Centro los autos de concurso, ni el del Centro mantiene este propósito á los de testamentaría, en que con mucha anticipación á la declaración en concurso de la Condesa viuda de Luque entiende el de Sevilla, no hay concepto legal bajo del cual, conforme al art. 72 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, pudiera darse ocasión á un conflicto jurisdiccional, y, por el contrario, respetan mutuamente ambos Jueces el derecho exclusivo que tienen para conocer de los juicios en que las partes han deducido sus pretensiones»; y que los demás artículos citados no eran aplicables á este caso, unos porque el interés particular que en ellos se consigna cede al general de los juicios universales, y otros en cuanto su contenido difiere de la doctrina especial, única atendible, como ya quedaba expuesto, desistió de la inhibición propuesta al Juzgado de San Román de Sevilla, al que mandó se remitieran los autos:

Resultando que interpuesta apelación del que se acaba de referir por parte de la Condesa viuda de Luque, fué revocada en 3 de Junio del año último por otro de la Sala primera de la Audiencia de esta corte, declarando que el Juzgado del Centro debía insistir en el requerimiento de inhibición de referencia; resolución en cuyo apoyo consignó dicha Sala: que por lo dispuesto en el art. 55 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan para la reconvención en los casos que proceda, para todas sus incidencias, para llevar á efecto las providencias y autos que dictaren y para la ejecución de las sentencias, radicando, según los 161, en su núm. 3.º, y 1187, en relación éste con el 1003 de la propia ley, en el Juzgado que conozca de un concurso la enunciada competencia para conocer asimismo de las demandas que se formulen contra el caudal sujeto á él, puesto que en estos preceptos legales se declaran acumulables al concurso dichas demandas; que refiriéndose la formulada por el Administrador de la testamentaría del Conde de Luque á la pensión alimenticia asignada en aquélla á la Condesa viuda, sujeta al concurso de la misma, pendiente en el Juzgado del Centro de esta corte, procedía estimar que á éste correspondía el conocimiento de tal demanda, en conformidad á las citadas disposiciones legales, no obstando á ello la contenida en el núm. 4.º del art. 1003, pues la expresada demanda no se formulaba contra los herederos del difunto, ni los bienes de la testamentaría, sino al contrario, el Administrador de ésta era el demandante; no siendo tampoco aplicables á la cuestión los artículos 919 y 1100, al efecto de dar competencia respecto á dicha demanda al Juez de la indicada testamentaría, mediante á no tratarse de la asignación de los precitados alimentos, ni del cumplimiento de la sentencia que los señaló, sino de que se declare bien ó mal hecho un pago verificado á cuenta de ellas; que, bajo otro concepto, en la demanda aludida se ejercitaba una acción personal contra los Síndicos domiciliados en esta corte, donde asimismo radica el concurso, sin existir lugar en que deba cumplirse lo reclamado, debiendo, por tanto, atenderse al enunciado domicilio como originario de competencia, con arreglo al núm. 1.º del art. 62 de la ya invocada ley de Enjuiciamiento civil, sin obstar á ello la sumisión contenida en la escritura de 4 de Junio de 1887, por no ser demandada la Condesa que hizo aquella sumisión; que el haberse aducido y admitido por el Juzgado de San Román la demanda como incidental de la testamentaría, no era motivo legal suficiente para dar por sentada la compe-

tencia de aquel Juzgado en el conocimiento de ella, porque precisamente si tiene ó no aquel carácter es lo que había de decidirse para resolver el conflicto jurisdiccional surgido; y, finalmente, que no era aplicable á la cuestión del día la doctrina de este Tribunal Supremo, invocada por el Juzgado de Sevilla, referente, al parecer, á un requerimiento hecho al Administrador, hoy demandante, sobre entrega de la mencionada pensión alimenticia, pues entonces no se reclamaba por ninguno de los Juzgados el conocimiento de una demanda ó juicio determinado, y al presente existía esta reclamación; y citó además los artículos 95 y 98 de la ley de Enjuiciamiento:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado del Centro, éste dirigió oficio y testimonio al de San Román de Sevilla, haciéndole saber insistía en la inhibitoria propuesta, para que remitiera la demanda interpuesta por el Marqués de Peñaflor á este Tribunal Supremo, donde también acordó se remitieran los promovidos en el primero de dichos Juzgados, como así lo han verificado ambos, habiéndose dado al incidente la debida tramitación, con audiencia del Ministerio fiscal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Federico Melchor y Lamanette:

Considerando que la contienda surgida entre los Juzgados de primera instancia del distrito del Centro de esta corte y el del de San Román de Sevilla, tiene en realidad el carácter y condiciones propias de una cuestión de acumulación de autos, puesto que conociendo con perfecto derecho el uno de ellos de un juicio universal de concurso de acreedores, y el otro del universal también de testamentarías, pretenden ambos que se una la demanda interpuesta á nombre del Marqués de Peñaflor al juicio de que entiende, por estimarlo incidente del mismo:

Considerando que en la sección 2.ª del tít. 4.º de la ley de Enjuiciamiento civil se fija y determina la tramitación que debe observarse siempre que se trate de esas cuestiones de acumulación, tramitación especial y distinta de la establecida en materia de competencias en los artículos 72 y siguientes de la misma ley citada; de lo que se deduce que no ha debido formarse en el presente caso la competencia pendiente hoy ante la Sala, procediéndose en su lugar como la ley prescribe al tratar de la acumulación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos mal formada la presente competencia; y devuélvanse á los respectivos Juzgados á los efectos procedentes, con arreglo á derecho, las actuaciones que han remitido, siendo de cuenta de las partes las costas causadas con tal motivo.—(Sentencia publicada el 27 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Julio del mismo año.)

202

RECURSO DE CASACIÓN (27 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Nulidad de inscripción.*—No ha lugar en parte al interpuesto por D. Gregorio Cámara en pleito con D. Pedro Benito Moreno (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que es inadmisible el recurso cuyos motivos se fundan en error de hecho cometido por la Sala sentenciadora en la apreciación de las pruebas, y que se dice comprobado por las posiciones ó confesiones de los recurrentes, si es lo cierto que en la sentencia se tuvo en cuenta además el resultado de la prueba documental:

Que formando parte de las actuaciones del pleito en que el recurso se interpone las confesiones de los litigantes, no tienen en el mismo, para los efec-

tos de la casación, el carácter de documentos auténticos de que trata el número 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla dictó sentencia en 17 de Marzo último declarando nulas las inscripciones posesorias de unas fincas, y condenando á D. Gregorio Cámara Pozo y otros á dejarlas á disposición de D. Pedro Benito Moreno Pedraza, con otras varias declaraciones que no hacen al caso:

Resultando que D. Gregorio Cámara Pozo y consortes han interpuesto recurso de casación por infracción de ley, alegando en el cuarto y último motivo de los que comprende, que en cuanto declara la identidad de las fincas que se disfrutan y las que fueron objeto de las inscripciones posesorias, comete la sentencia error de hecho, comprobado por las posiciones, que tienen el carácter de documento auténtico, é infringe además nuevamente las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 14 de la Partida 3.ª, consistiendo la infracción en relevar al actor de prueba que le corresponde.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Díe:

Considerando que es inadmisible el recurso de que se trata por el cuarto motivo en su primera parte, pues se funda en error de hecho cometido por la Sala en la apreciación de las pruebas, que se dice comprobado por las posiciones ó confesiones de los recurrentes; y es lo cierto que en la sentencia de la Sala se tuvieron en cuenta, además de dichas confesiones, para estimar la identidad de las fincas reclamadas, las certificaciones del Registro de la propiedad que en la misma se expresan, respecto de las que ningún error de hecho ni de derecho se alega, y las expresadas confesiones, que forman parte de las actuaciones de este pleito, no tienen en el mismo, para los efectos de casación, el carácter de documentos auténticos de que trata el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Se admite el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Gregorio Cámara Pozo y consortes, por los cuatro motivos que comprende, á excepción de la primera parte del cuarto, referente al error de hecho que se supone cometido en la sentencia, en cuyo extremo se declara no haber lugar á la admisión de dicho recurso; publíquese esta resolución en la forma prevenida por la ley, y pasen los autos á la Sala primera de este Supremo Tribunal.—(Auto fecha 27 de Junio de 1891, inserto en la *Gaceta* de 7 de Septiembre del mismo año.)

203

Recurso de casación (27 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Alimentos provisionales.*—No ha lugar á la admisión del interpuesto por D. Cenón Díaz en pleito con D. Andrés Díaz y otros (Audiencia de Pamplona), y se resuelve:

Que el recurso de casación en los casos en que al interesado se le nombran Abogado y Procurador de oficio ó los designa por su parte, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto.

Resultando que remitidas á este Supremo Tribunal las oportunas certificaciones y el apuntamiento de los autos, á fin de que D. Cenón Díaz de Rada pudiera interponer recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia que en 6 de Marzo último dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona, que no fué conforme con la del Juez de primera ins-

tancia de Estella, en pleito seguido con los hijos de aquél, D. Andrés, Don Tomás, D. Cecilio y D. Atanasio Díaz de Rada, sobre alimentos provisionales, se nombraron al recurrente Abogado y Procurador de oficio:

Resultando que en providencia de 8 de Mayo, que fué notificada al siguente día 9, se mandaron entregar los autos por el término y á los efectos prevenidos en la ley, y que en 8 de Junio actual fueron devueltos los autos por otro Procurador nombrado por las partes, con escrito interponiendo el recurso, á cuya admisión se opone el Ministerio fiscal, fundado en que ha transcurrido el término.

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan N. de Undabeytia:

Considerando que el recurso de casación en los casos como el presente, en que al interesado se le nombran Abogado y Procurador de oficio ó los designa por su parte, debe interponerse, según dispone el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, dentro del término de veinte días, que se cuentan desde el siguiente al de la notificación de la providencia en que se mandaron entregar los autos con dicho objeto;

Y considerando que el recurso interpuesto en los autos lo ha sido después de transcurrido aquel término:

Visto lo dispuesto en el citado art. 1713 y en los 1728 y núm. 1.° del 1729 de la propia ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Cenón Díaz de Rada, á quien se condena en las costas; líbrese á la Audiencia de Pamplona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Auto fecha 27 de Junio de 1891, é inserto en la *Gaceta* de 7 de Septiembre del mismo año.)

204

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA (27 de Junio de 1891).—Sala tercera.—*Pago de pesetas.*—No ha lugar al interpuesto por D. Vicente Masso en pleito con D. José Gort (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no es de estimar la falta de personalidad del curador de un menor, determinante del quebrantamiento de forma á que se refiere el núm. 2.o del artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, si aquél ha sostenido en el pleito los derechos del segundo con arreglo á las disposiciones entonces vigentes, sin pretender justificar que existiese curador ad bona, *que implicaría la cesación del curador para pleitos:*

Que la octava disposición transitoria del Código civil dispone que los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción á ella, conservarán su cargo, sometiéndose en cuanto á su ejercicio á las disposiciones del mismo Código.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Junio de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Oeste de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma por D. José Gort y Gigó, representado por su madre Doña María Farrerons, viuda, vecina de Lérida, y en su nombre el Procurador D. Francisco Egea, bajo la dirección del Letrado D. Pedro Apalategui, con D. Vicente Masso y Tolosa, como curador *ad litem* del menor D. Ricardo Merladet, representado por el Procurador D. Ricardo Murguialday y defendido por el Letrado D. Nicolás de Santa Olalla, sobre pago de pesetas:

Resultando que renunciado por D. José Varcárcel y Crespo, por falta

de salud, el cargo de curador *ad litem* del menor D. Ricardo Merladet, no conociéndose ningún pariente del menor por línea paterna, por ignorarse quién fuera su padre, y no conociéndose tampoco á nadie por la línea materna que tuviera aptitud legal para desempeñar el cargo, siendo D. Vicente Masso y Tolosa persona íntima del citado menor, habiendo aceptado dicho cargo, el Juez de primera instancia del distrito del Centro de esta capital discernió en 9 de Abril de 1887 á D. Vicente Masso y Tolosa el cargo de curador *ad litem* para pleitos, y relevado de fianzas, del menor D. Ricardo Merladet, de cinco años de edad:

Resultando que en escrito de 5 de Junio de 1889 dedujo D. José Gort Gigó demanda ejecutiva contra los bienes del heredero de Doña Gregoria Merladet, D. Ricardo Merladet, representado por su curador *ad litem* Don Vicente Masso Tolosa, por la cantidad de 35.000 pesetas, intereses y costas, procedentes de cierta escritura, y que despachado mandamiento de ejecución por la citada cantidad, después de llenados ciertos requisitos, requerido de pago el curador del menor, manifestó que no le era posible verificarlo por no tener fondos de ninguna clase en su poder de la pertenencia del mismo, en cuyo concepto se había practicado el requerimiento; y habiéndose procedido al embargo de las cantidades que al menor correspondían, que obraban consignadas en la Caja general de Depósitos á disposición del Juzgado de primera instancia del distrito del Centro, tuvo efecto la citación de remate:

Resultando que opuesto el curador del menor á la ejecución, sostuvo la nulidad del juicio, por no haberse despachado aquélla con las formalidades legales, no constando el nombre del Juez, por no haber debido ser citado el curador para pleitos, sino el curador para bienes, que era el que tenía la verdadera representación del menor; y que en la escritura no se dijo la verdad, haciéndose en ella una ficción:

Resultando que el ejecutante impugnó la oposición, sosteniendo que la citación de remate fué hecha á la verdadera representación del menor, y que se hallaba arreglada á derecho:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó en 21 de Abril de 1890 sentencia de remate, y que interpuesta apelación por el curador *ad litem* y remitidos los autos á la Audiencia de esta corte, en el acto de la vista el Abogado de la parte apelante solicitó que se declarase nula la sentencia apelada, después de exponer que su patrocinado tenía una representación ficticia, en atención á ser ya mayor de edad; y el apelado que se confirmara el fallo con las costas, determinándose además la ineficacia de la apelación, por no haber obtenido el curador autorización del consejo de familia:

Resultando que confirmada con las costas la sentencia apelada, por la que en 21 de Enero del corriente año dictó la Sala primera de lo civil, interpuso D. Vicente Masso y Tolosa, en representación del menor D. Ricardo Merladet, recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que D. Vicente Masso no había tenido personalidad desde la publicación del Código civil para representar al menor D. Ricardo Merladet, según se prevenía en las disposiciones transitorias del referido Código, puesto que á todo el mundo constaba la desaparición de las instituciones de la curatela y su constitución por otras más en armonía con las necesidades de la vida moderna, y que por tanto, la persona que como curador había representado á D. Ricardo Merladet había carecido de personalidad para ostentar tal representación desde el momento en que fué ley el Código civil; manifestación que hizo la defensa de D. Ricardo Merladet al comenzar su informe en la vista de los autos, manifestación que reprodu-

cía para cumplir con lo preceptuado en el art. 1750 en relación con el 1696 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que no existe la falta de personalidad alegada por Don Vicente Masso, curador *ad litem* del menor D. Ricardo Merladet, pues si bien funda en ella la nulidad del juicio, sin embargo él ha sostenido en el mismo los derechos del ejecutado, con arreglo á las disposiciones entonces vigentes, sin pretender justificar que haya existido curador *ad bona* que implicaría la cesación del curador para pleitos:

Considerando que la octava disposición transitoria del Código civil dispone que los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción á ella, en cuyo caso se encuentra el recurrente, conservarán su cargo, sometiéndose en cuanto á su ejercicio á las disposiciones del Código, sin que el recurrente practicase ninguna gestión de aquellas á que daba lugar dicho Código:

Y considerando, por tanto, que no se ha cometido el quebrantamiento de forma á que se refiere el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, que se alega como motivo de este recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Vicente Masso y Tolosa en representación del menor D. Ricardo Merladet, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 500 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 27 de Junio de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Septiembre del mismo año.)

FIN DEL TOMO 69.

INDICE CRONOLÓGICO

DE LAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

EN RECURSOS DE NULIDAD, CASACIÓN CIVIL É INJUSTICIA NOTORIA

Y EN MATERIA DE COMPETENCIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO

Números. Páginas.

FIN DEL ÍNDICE CRONOLÓGICO

REPERTORIO ALFABÉTICO

DE LAS

CUESTIONES Y PUNTOS DE DERECHO

RESUELTOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

EN LAS SENTENCIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO (1).

A

Páginas.

Id. negatoria de servidumbre.—La sentencia que desestima una demanda sobre negación de servidumbre de bienes, no infringe los artículos 13 y 27 de la ley Hipotecaria, no pudiendo el comprador del predio sirviente alegar error, fundado en que en la escritura de compra no se hiciese mérito de estar aquél afecto á servidumbre alguna, si se trata de un gravamen ostensible y manifiesto que constituía el estado de la finca cuando ésta, que era un solo predio, pasó á formar dos, y si el mismo demandante, que no tiene el carácter legal de tercero, había aceptado y realizado la compra del predio sirviente en el estado en que se encontraba.

Tampoco infringe la sentencia las leyes 14 y 17, título 31; 114 y 119, título 18, Partida 3.ª, si la existencia de las servidumbres de que se trata nace de la construcción de la primitiva finca, en la que el dueño de ella, en uso de su derecho, las estableció, y cuando tuvo por bien dividir en dos aquélla, fué su voluntad que

(1) Explicación de las abreviaturas de este Repertorio.—*V.*, quiere decir *Véase*; *Comp.*, sentencia dictada en decisión sobre *competencia*; *C.*, en recurso de *casación*; *C. de U.*, en recurso de *casación* en asunto *de Ultramar*.—A continuación de la cuestión ó punto de derecho que se resuelve, se ponen el número que la sentencia lleva en el tomo, la fecha de la resolución y la página donde se encuentra.

Páginas.

quedaran las cosas como estaban, creando así dichas servidumbres, que á mayor abundamiento reconoció en documento privado el causante del comprador.

El estar anotada en el Registro de la propiedad la servidumbre en la inscripción del predio dominante, hace legalmente imposible que se prive á los recurridos en un derecho que tienen inscrito (C., núm. 130.—27 de Abril de 1891). 560

Acción personal.—V. *Juez competente.*

Id. reivindicatoria.—La sentencia que desestima una demanda sobre reivindicación, no infringe las leyes 2.ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilación, y 3.ª, tít. 4.º, Partida 3.ª, si la Sala sentenciadora expresamente establece que no se ha probado por el demandante la identidad de la finca que reivindica, ni, por lo tanto, que haya sido desposeído por el demandado (C., núm 30.—30 de Enero de 1891). 152

—— Si los documentos en que se funda una demanda reivindicatoria revelan únicamente que el actor se reputó asimismo dueño del inmueble en cuestión, pero en modo alguno acreditan que lo hubiera adquirido por título traslativo de dominio, al estimarlos la Sala sentenciadora insuficientes para justificar dicha acción, no infringe la ley 10, tít. 14, Partida 3.ª (C. de U., núm. 37.—4 de Febrero de 1891). 203

—— Infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª; la 22, Código *De reivindicatione*, y el art. 359 de la de Enjuiciamiento civil, la sentencia que al otorgar, estimando una demanda reivindicatoria, los frutos desde una fecha anterior á la interpelación judicial, contradice el concepto de buena fe con que reconoce que venía poseyendo el demandado el inmueble en cuestión, y excede la petición de la demanda, en la cual sólo se reclamaron los frutos desde el día de la interposición de aquélla.

Si para declarar la Sala sentenciadora el dominio del demandante no prescinde de la posesión en que estaba el demandado ni de la obligación de probar que incumbe al que pretende reivindicar, sino que funda su fallo en títulos concretos y justos, no infringe el principio de derecho consignado en el párrafo *Commodum*, cuarto de *Interdictio*, tít. 15, libro 4.º de las Instituciones de Justiniano, reproducido en la ley 28, tít. 2.º, Partida 3.ª; las leyes del Digesto 2.ª y 21, *Infine de probationibus et presumptionibus;* 9.ª y 73 *De reivindicatione*, y el principio contenido en la 207 *De diversis regulis juris,* en armonía con las leyes 32, título 34, Partida 7.ª, y 13 y 19, tít. 22, Partida 3.ª (C., núm. 82.—17 de Marzo de 1891). 367

—— No puede prosperar la acción reivindicatoria si el demandante no justifica el dominio sobre los bienes que reclama (C., núm. 176.—13 de Junio de 1891). 765

—— V. *Obligación de probar* y *Recurso de casación (apreciación de prueba).*

Id. rescisoria.—La acción rescisoria del contrato de compraventa por causa de lesión en más de la mitad del justo precio, tan sólo puede ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes á la celebración del contrato, y no después, según lo previene la ley 2.ª, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Por tanto, lejos de infringirse dicha ley, ni la 56, tít. 5.º, Partida 5.ª, se aplican rectamente al desestimar por extemporánea la

Páginas.

Páginas.

terminado con tal objeto para el caso de que la variedad de derechos provenga de haberse aumentado el caudal de las aguas colectivamente aprovechadas, no ya á costa de todos, sino tan sólo de alguno de los regantes, á quienes se reserva su disfrute privativo por tal medio, sin perjuicio de los antiguos regantes.

Por ello las acciones creadas por acuerdo de la mayoría de una comunidad de regantes con derecho á disfrutar las aguas de su pertenencia, no perjudican ni menoscaban el derecho de la minoría por el mero hecho de su creación, sino que en su caso provendría la lesión de tal derecho tan sólo del reparto de los turnos; y disponiéndose que se restituya á los individuos de la minoría en el disfrute de las aguas de su dotación, según lo tenían antes de aquel suceso, lejos de infringirse, se aplican recta y aun rigurosamente los artículos 257 y 234 de la mencionada ley.

Aun en el supuesto de que los individuos de la minoría, por ser miembros de la comunidad de regantes, tuvieran un derecho de propiedad distinto del de la Corporación municipal que con autorización de la mayoría de la Junta general de regantes adoptó el mencionado acuerdo, no podía extenderse á más que al disfrute de las aguas de su dotación en las condiciones que venían disfrutándola antes de crearse y enajenarse las nuevas acciones.

La sentencia que así lo estima, no habiéndose por aquel acto enajenado ni siquiera menoscabado tal derecho, no infringe el principio según el que nadie puede dar lo que no tiene, ni la jurisprudencia en cuya virtud la facultad que tiene el dueño de una cosa de hacer de ella y en ella lo que quiera, se entiende con arreglo á derecho y sin perjuicio de tercero, si estas infracciones se alegan bajo la hipótesis contraria de que la comunidad de regantes vendiese una cosa ajena ó hiciera una cesión de cosa propia en daño de tercero.

Carece de eficacia la cita de la ley del contrato como infringida, bajo el supuesto de que el reglamento de una Sociedad tiene aquel carácter entre los socios, si no se determina concretamente el precepto ó pacto donde se regule el derecho que se supone vulnerado, y no habiéndose traído el texto de dicho reglamento, hay absoluta imposibilidad de apreciarlo.

El art. 231 de la ley de Aguas, ya solo, ya relacionado con el 190, se refiere al modo de formarse las Ordenanzas de riego para las comunidades de regantes que carezcan de ellas, ó de reformarse las ya existentes, materia propiamente administrativa, y por lo mismo no controvertible en la vía judicial, donde sólo pueden tratarse y decidirse las cuestiones que afecten á los derechos civiles de los particulares (C., núm. 141.—9 de Mayo de 1891). 61

Albacea.—La condición impuesta por el testador á los que nombró ejecutores de su voluntad y curadores de sus hijos, de que juntos ó la mayor parte cumplan su testamento, ha de entenderse para el caso en que todos los nombrados ejerzan el cargo, si ni de la llana inteligencia de las palabras de aquél en la cláusula en que hizo el nombramiento, ni del sentido general del testamento, puede deducirse que fuera la voluntad del testador dejar sin efecto el nombramiento de uno de sus albaceas, si los otros no aceptaban ó habían muerto cuando del cumplimiento de la última voluntad se tratara (C., núm. 148.—14 de Mayo de 1891). 644

—— V. *Legado* y *Particiones*.

Páginas.

Prueba documental, Id. testifical, Recurso de casación, Rescisión y *Testamento sacramental.*

Apuntamiento.—V. *Recurso de casación (apreciación de prueba).*

Arbitros.—V. *Juicio arbitral.*

Arrendamiento.—En el caso de depender la renovación del arrendamiento de la voluntad del arrendatario, no le es permitido dejar de manifestarla expresamente.

No puede entenderse renovado por *la tácita* un contrato de arrendamiento, si el arrendatario no practicó gestión, ejecutó acto ni demostró en forma alguna su propósito hasta que intentó pagar el importe de un plazo cuando había concluído el del arrendamiento.

No es de estimar la infracción del art. 2.° de la ley y decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813; la ley 2.ª, tít. 8.°, Partida 5.ª, y el artículo 1652, causa 2.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil, por la sentencia que ordena un desahucio, si lejos de negar el derecho de los interesados para celebrar el arrendamiento, estableciendo todas las condiciones que no sean contrarias á la moral ó á las leyes, reconoce la eficacia del contrato y se atiene á sus cláusulas, que aplica rectamente, por tratarse de un inquilinato por tiempo determinado y no indefinido.

La ley 20, tít. 8.°, Partida 5.ª, al disponer que se entienda prorrogado el arrendamiento por un año si el arrendatario *fincare en la cosa por tres días ó más después que el tiempo fuere cumplido,* se refiere á los predios rústicos.

Son también inaplicables dicha ley, el art. 2.° de la de 9 de Abril de 1842 y el 5.° del mencionado decreto de Cortes, si el propietario de las habitaciones alquiladas, no sólo no consintió tácitamente en renovar el contrato, sino que presentó la oportuna demanda á los tres días de espirado el término que se había fijado para la duración de aquél (C., núm. 1.°—2 de Enero de 1891). 5

—— La manifestación hecha por el arrendador al arrendatario de no ser su deseo que desocupe de un modo violento la casa alquilada, debe estimarse como un acto de mera consideración, propia de las buenas relaciones existentes entre ambos, sin que pueda dar origen á obligación legal alguna que baste á impedir la terminación del inquilinato; y no estimándolo así la Sala sentenciadora, infringe, por indebida aplicación, la ley 1.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilación (C. de U., núm. 7.°—12 de Enero de 1891). 36

—— Al establecer las partes contratantes en una cláusula del contrato de arrendamiento que la falta de pago de dos mensualidades daría lugar á la rescisión, se entiende que no se reservaron el desahucio cumplido un mes, porque en tal caso sería superflua la cláusula indicada, si era la única que precisaba el término, y por consecuencia, al no dar lugar el Juzgado á la demanda de desahucio, fundada en el no pago de una mensualidad, se ajusta á lo convenido y no infringe los artículos 1555, 1556 y 1569 del Código civil (C. de U., núm. 8.°—12 de Enero de 1891). 40

—— La doctrina establecida en la sentencia de casación de 8 de Junio de 1885 es inaplicable al caso en que, siendo evidente el derecho del propietario á exigir el pago, la consignación del importe de un plazo se verificó por el arrendatario después de presentada la demanda de desahucio, y no en este juicio, sino en el

Páginas.

monio de la adjudicación de un inmueble perteneciente á la mujer y radicante en lugar distinto del otorgamiento de la escritura dotal, única manera posible de hacer la entrega de dicha finca.

Si en el propio caso no firmasen los testigos la escritura ni concurriese la mujer á su otorgamiento, no por ello infringe la sentencia las leyes 111 y 114, tít. 18, Partida 3.ª; la doctrina legal, según la cual deben concurrir al otorgamiento de los contratos bilaterales ambos contrayentes, en relación con la ley 1.ª, tít. 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la fundada en la ley 14, tít. 11, Partida 4.ª, en cuya virtud deben concurrir á la escritura de institución de dote entregada, no sólo el marido sino también la mujer ó su representación legítima, porque sean cualesquiera las analogías que tenga con la venta de dote estimada, la constitución de ésta no se encuentra entre los casos de excepción en que han de firmar los testigos, según lo dispuesto en la ley 114, título 18, Partida 3.ª, ni la simple entrega y recibo de la dote es un contrato bilateral y sí unilateral, porque sólo queda obligado á la devolución el marido que la recibe, y porque carece de aplicación en el caso expuesto la ley 14, tít. 11, Partida 4.ª, toda vez que por la escritura dotal consta que la futura esposa hizo la entrega del testimonio de adjudicación del mencionado inmueble y de los demás efectos que en dichos documentos se expresan, sin que resulte que fuera á la sazón menor de edad.

La doctrina de que los privilegios concedidos á favor de los bienes dotales contra los acreedores del marido solamente son utilizables cuando faltan al deudor medios para cubrir sus débitos, siendo necesario hacer constar que no tiene otros bienes con que responder, se refiere á juicios que tengan por objeto perseguir bienes que, en poder de terceros acreedores, se supongan afectos á la responsabilidad dotal, y es inaplicable cuando sólo se trata de resolver el conflicto entre dos acreedores que defienden su respectiva preferencia en el cobro (C., núm. 98.—1.º de Abril de 1891). 449

—— V. *Dote confesada* y *Viuda*.

Bienes gananciales.—Según tiene declarado el Tribunal Supremo, en pleitos procedentes de Aragón, las leyes relativas á bienes gananciales se refieren, por necesidad, á la disolución del matrimonio, como la época en que ha de conocerse si existen, ó si, por el contrario, hay pérdidas en vez de ganancias (C., núm. 42.—11 de Febrero de 1891). 217

—— V. *Bienes de los cónyuges*.

Id. de menores.—Al tenor de lo dispuesto en el art. 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil, para hipotecar ó gravar bienes inmuebles ó para la extinción de derechos reales que pertenezcan á un menor, se han de observar las mismas formalidades establecidas para la venta de bienes de menores, la primera de las cuales es, según el art. 2011 de la propia ley, la previa licencia judicial.

Arrendados por veinte años inmuebles pertenecientes á un incapacitado é inscrito el contrato en el Registro de la propiedad correspondiente, quedaron aquéllos gravados por el hecho de la inscripción por toda la duración del contrato, y celebrado éste sin la debida licencia judicial por el curador ejemplar, la sentencia que no da lugar á la nulidad de aquél infringe los artículos mencionados (C., núm. 92.—24 de Marzo de 1891). 411

D

Páginas.

civil, si, según declara la sentencia reclamada, no tiene el recurrente la personalidad jurídica con que pretende obtener el beneficio de pobreza (C., núm. 81.—17 de Marzo de 1891). 363

—— No infringe los artículos 15, 596 y 597 de la ley de Enjuiciamiento civil la sentencia denegatoria del beneficio de pobreza, si se funda en haberse acreditado que el demandante paga en concepto de contribución industrial una cuota superior á la fijada en el párrafo penúltimo del primero de aquellos artículos, y la certificación en que así consta no puede desvirtuarse con otras concretamente relativas á la contribución industrial y al derecho electoral, cosas perfectamente distintas.

Tampoco se infringe el mencionado art. 15, en sus casos 3.º y 4.º, si es un hecho incontestable que el demandante vive, además de su jornal, del producto de sus bienes rústicos y urbanos, por los cuales tributa, y lo es también que la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas en uso de sus atribuciones, ha estimado que la practicada á instancia de aquél no basta á justificar el importe del jornal de un bracero en la localidad que habita ni los productos líquidos de sus bienes, ni, por tanto, su derecho á disfrutar el beneficio que pretende; apreciación que no puede envolver error de hecho en la de otros documentos de prueba, si éstos se limitan á precisar que el demandante tributa por territorial, y si bien alguno indica que los signos exteriores revelan que su posición es poco desahogada, esto no basta por sí solo para autorizar el derecho para litigar como pobre, ni releva á la Administración de justicia de apreciar por sí misma y con relación á las demás pruebas practicadas el valor que tenga esta clase de manifestaciones (C., núm. 84.—18 de Marzo de 1891). 379

—— No infringe el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil la sentencia denegatoria del beneficio de pobreza á una madre que lo solicita en representación de sus hijos menores de edad, juntamente con otros mayores, si la negativa se funda en que los actos demuestran que el patrimonio del padre continuaba proindiviso administrado por la madre, que ejercía la patria potestad sobre los hijos menores, y que los mayores administraban una tienda de comercio; particulares estimados por la Sala sentenciadora apreciando la prueba y sin que se haya citado ley que contradiga el criterio del Tribunal (C., núm. 126.—23 de Abril de 1891). 550

—— V. *Recurso de casación (apreciación de prueba), Id. (citas legales), Id. (depósito).*

Demanda.—V. *Juez competente.*

Demandado.—V. *Obligación de probar.*

Demandante.—V. *Obligación de probar.*

Depositario judicial.—V. *Requerimiento al pago.*

Depósito.—No es posible dar el carácter jurídico de deuda por trabajo personal, sino que es de depósito, el contrato escriturario en cuya virtud uno de los contratantes se declara deudor del otro por el importe de los salarios que el segundo devengó al servicio del primero y depositó en poder de éste con un interés fijado á voluntad del deudor (C., núm. 40.—7 de Febrero de 1891). 213

—— Quien recibe mercaderías por cuenta de otro admite un depósito irregular que le transmite el señorío de ellas, al tenor de lo prescrito en la ley 2.ª, tít. 3.º, Partida 5.ª, quedando, en cambio, obligado, según lo pactado en la correspondiente escritura, á de-

competente, Recurso de casación (citación para prueba), Id. (emplazamiento), Id. (personalidad).
Despensas.—V. *Servicios.*
Deudas del marido.—V. *Bienes de la mujer.*
Id. del testador.—V. *Legado.*
Diligencias preliminares del juicio.—V. *Recurso de casación (sentencia no definitiva).*
Dispensa pontificia.—V. *Legitimación.*
Documento.—V. *Interpretación* y *Prueba documental.*
Id. auténtico.—V. *Recurso de casación (apreciación de prueba).*
Id. privado.—Si la sentencia declara que del examen crítico y combinado de todas las pruebas no resulta acreditado que el demandado para el abono del importe de un pagaré autorizara con su firma este documento y menos que sea cierta la obligación que el mismo expresa, el fallo absolutorio, dada esta apreciación de las pruebas, no infringe la ley 119, tít. 18, Partida 3.ª, porque cuando se trata de demostrar la validez y eficacia de un documento privado por las declaraciones de los testigos que lo vieron firmar, es de la competencia de la Sala sentenciadora apreciar la fuerza de estas declaraciones, no demostrándose que al hacerlo haya incurrido en error de hecho ó de derecho.

El otorgamiento de un documento privado no es ninguno de los actos para los cuales exige la ley número ni calidad determinada de testigos, y, por tanto, no se refiere á él la excepción contenida en el segundo párrafo del art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Si el demandado negó al contestar la demanda haber firmado el pagaré en cuestión y subsidiariamente opuso la excepción *non numerata pecunia*, alegándose ésta en tal forma, ha podido ser estimada sin infringir la ley 9.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª

La supuesta infracción de las leyes 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 2.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª, por la sentencia absolutoria de la demanda sobre abono del importe de un pagaré, sólo podría existir en el caso de ser cierto el contrato y la obligación contra lo afirmado por la Sala sentenciadora (C., núm. 154.—21 de Mayo de 1891). 679

—— V. *Recurso de casación (apreciación de prueba).*
Id. público.—V. *Apeo, Recurso de casación (apreciación de prueba)* y *Servidumbre.*
Dolo.—V. *Recurso de casación (cuestión de hecho).*
Domicilio de la mujer casada.—V. *Juez competente (depósito de personas).*
Dominio.—V. *Información posesoria, Prescripción* y *Prueba.*
Id. directo.—V. *Apeo.*
Id. útil.—V. *Apeo* y *Recurso de casación (apreciación de prueba).*
Donación.—Para la resolución de las cuestiones litigiosas de Cataluña sólo pueden aplicarse las prescripciones del Derecho romano, que es meramente supletorio, en defecto de texto ó disposición expresa de la legislación esencialmente foral de aquel Principado.

Si bien por la ley 8.ª, tít. 56, libro 8.º del Código romano, *De revocandis donationibus*, se preceptúa en términos generales y absolutos que la donación hecha por quien carece de hijos, de todo ó parte de sus bienes, queda sin valor ni efecto, volviendo todos

los bienes en que consiste á poder del donante si le sobreviniere á éste posteriormente algún hijo, es lo cierto también que por el Usatge 2.º, tít. 9.º, libro 8.º, volumen 1.º de las *Constituciones de Cataluña* se establece que si alguien hace donación de sus bienes á su hijo ó hija ó á cualquiera otra persona *(á altra cualsevol persona),* y posteriormente le sobreviniere al donador un hijo de la mujer que ya tenía ó de otra con quien se hubiese casado después, el hijo ó hija que naciere, y aun aquel que hubiese nacido cuando el padre hizo la donación á otro, puede revocar ésta después de la muerte del padre, hasta el complemento de su legítima.

El Supremo Tribunal tiene declarado reiteradamente que las capitulaciones matrimoniales son en Cataluña contratos de naturaleza irrevocable, tanto en lo que en ellas se establece para después de la disolución del matrimonio por la muerte, como en todo lo que se refiere á las cosas *entre vivos*, á no ser que los contrayentes se hubiesen reservado de una manera expresa el derecho de modificar ó alterar las cláusulas de lo en ellas pactado.

No es aplicable la ley 10, tít. 56, libro 8.º del Código romano, *De revocandis*, si al invocarla como infringida se parte del supuesto de que el donatario ha incurrido en alguna de las causas de ingratitud que en aquélla se mencionan, y este aserto es contrario á lo que el Tribunal sentenciador establece apreciando los hechos en relación á las diversas pruebas suministradas, en cuya apreciación no se ha demostrado que exista error de derecho ó de hecho en la forma que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Habiendo apreciado la Sala sentenciadora, en virtud de su facultad privativa, tanto por las declaraciones de los vendedores que firmaran las facturas á favor del donante de unos objetos, como por las propias manifestaciones de éste, que él mismo fué quien hizo las compras de dichos objetos sin intervención del donatario y sin que conste mediase consentimiento expreso ni tácito por parte del mismo, en virtud del cual se obligara á reintegrar al primero su importe, por lo que el acto realizado con ello fué un mero regalo de boda que por razón del cariño que le profesaba quiso hacer el donante al donatario, es evidente que la sentencia que absuelve á la viuda y heredera de éste del pago de los repetidos objetos, no infringe el principio de que para trasladar el dominio se necesita título y modo, y que no basta este último sólo, ó sea la tradición.

Habiendo estimado el Tribunal *a quo* en virtud de la prueba practicada que la entrega de valores por un individuo á otro fué simplemente á título *precario*, sin que le transmitiera, por tanto, la propiedad de los mismos, con el sólo objeto de que se beneficiara y utilizara con el importe anual de sus cupones, la consecuencia ineludible de ese estado de derecho no podía ser otra que la restitución al dueño de aquellos valores, cuando el mismo tuvo por conveniente pedir su entrega ó devolución; y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe los artículos 2.º, 235, 236, 237 y 238 del antiguo Código de Comercio.

Por no tratarse en el caso referido de un contrato de compraventa, sino de un simple *precario*, y porque, acordada la restitución de dichos valores, impónese forzosamente como corolario de esta resolución la entrega de aquéllos con los cupones corrientes

E

Páginas.

J

del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es competente en primer término, en los juicios en que se ejerciten acciones personales, el Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato (Comp., núm. 66.—9 de Marzo de 1891). 321

—— Según el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, es Juez competente el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, puede hacerse el emplazamiento (Comp., núm. 137.—5 de Mayo de 1891). 600

—— La misma doctrina en sentencia de 27 del propio mes y año (núm. 162, pág. 714).

—— Según el núm. 1.º del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales es Juez competente, en primer término, el del lugar en que deba cumplirse la obligación (C., núm. 146.—13 de Mayo de 1891). 636

—— V. *Juez competente (pago de legado), Id. (pago del precio).*

—— (COMISIÓN DE COMPRAVENTA).—El lugar donde han de cumplirse las obligaciones emanadas del contrato de comisión de compra de géneros de comercio, es aquel á donde éstos han de ser remitidos, y en el cual se ha de liquidar y recibir el importe de los mismos (Comp., núm. 66.—9 de Marzo de 1891). 321

—— (COMPRAVENTA DE GÉNEROS DE COMERCIO).—V. *Juez competente (pago del precio).*

—— (DAÑOS Y PERJUICIOS).—Es Juez competente para conocer de una demanda sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, el del lugar donde éste hubiera debido cumplirse, tanto más si en éste se causaron los perjuicios que motivan la demanda (C., núm. 146.—13 de Mayo de 1891). 636

—— (DEPÓSITO DE PERSONAS).—Conforme al núm. 29 del art. 63 de dicha ley, en los depósitos de personas es Juez competente el que conozca del pleito ó causa que los motive; y cuando no hubiese autos anteriores, lo será el del domicilio de la persona que deba ser depositada; añadiendo el art. 64 que el domicilio de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos es el que éstos tengan.

No estando legalmente separada la esposa del marido, no debe interpretarse ni extenderse el precepto de la ley para sentar que el domicilio de la primera sea distinto del del segundo, puesto que la separación no legal de los cónyuges no debe ser tenida en cuenta para los efectos legales de determinar el Juez competente para conocer de las reclamaciones entre aquéllos sobre depósito y alimentos (C., núm. 114.—15 de Abril de 1891). 506

—— (PAGO DE LEGADO).—Según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento.

La acción reclamando del heredero el pago de un legado de can-

Páginas.

L

Páginas

vitalicia abonable sin deducción alguna por razón de impuesto, contribución ni por otro concepto alguno, expresando con ello de un modo claro y terminante que debía ser primeramente atendido su citado hijo, cuyo estado de salud lo exigía y también el derecho á legítima que le asistía, la sentencia que condena al heredero que lo es á beneficio de inventario á satisfacer un legado *previa liquidación* de la herencia con sus cargas, entre ellas la del mencionado vitalicio, se ajusta á la voluntad del testador y no infringe el principio de que el heredero viene obligado á cumplir lo mandado por aquél.

Esto supuesto, el legatario no puede contravenir la voluntad del testador y debe someterse á ella, percibiendo aquello que deje libre la liquidación de la herencia aceptada á beneficio de inventario, toda vez que si éste se practicó dentro del término legal, y no ha sido impugnado como nulo, limita la obligación del heredero y es la base de la liquidación fijada por la Sala como resultado de las pruebas, no citándose en contra de tal criterio ley infringida (C., núm. 147.—14 de Mayo de 1891). 460

—— Facultando el testador á sus testamentarios para colocar el capital de un legado en la compra de acciones del Banco de España ó de otro establecimiento que le reemplazare, ó en casas de esta corte, esta frase, en la acepción jurídica y en el lenguaje usual y corriente, tanto quiere decir como que habría de imponerse dicha suma en un predio urbano de Madrid y no determinadamente que hubiera de adquirirse su dominio; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 2.ª, tít. 10, Partida 6.ª (C., núm. 151.—18 de Mayo de 1891). 660

—— Si el testador legó el usufructo de todos sus bienes con los aumentos que de él resultasen á su esposa, relevándola de prestar fianza y de toda otra caución, pero con la obligación de tomar inventario, satisfacer las cargas y mantener y educar á la común familia, cuyo usufructo cesaría si aquélla pasaba á segundo matrimonio, ó bien cuando el hijo de ambos se casase, siendo mayor de edad; y en lo restante de todos sus bienes instituyó herederos por partes iguales á la esposa y al hijo, la sentencia que declara que por el hecho de haber contraído la viuda segundo matrimonio viene obligada á reservar á favor del hijo habido con su primer marido los bienes todos que el mismo le dejó en su testamento, no infringe la ley de éste, puesto que dicha última disposición no releva á la viuda de la obligación de reservar.

Tampoco infringe los artículos 194 y 195 de la ley Hipotecaria, al disponer que la madre constituya hipoteca para garantir en lo necesario la mencionada reserva, por ser ésta la natural consecuencia de la expresada declaración, siendo además notorio que la oposición de aquélla á la solicitud del hijo sobre anotación como reservables de la mitad de los inmuebles y constitución de hipoteca por los muebles, vino á precisar el procedimiento ordinario al que sirviese de base el inventario formulado por la misma al fallecer su primer marido, y en el cual pudo hacer valer ampliamente sus derechos.

Al imponerla la obligación de garantir con hipoteca el peculio de su hijo, no se infringe, en el concepto de ser éste ya mayor de edad al pronunciarse la sentencia, el art. 134, párrafo segundo del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, comple-

Páginas.

mentario aquél del núm. 2.º del art. 168 de ésta, si es notorio que al establecerse la demanda era menor, razón por la cual estaba la madre usufructuando y administrando dicho peculio, y lo es también que al dictarse el fallo y cuando ya no podía ostentar tales derechos, continuaba detentándolo, y por lo tanto, subsistía su obligación de garantir la entrega del mismo.

No puede tener el valor de la cosa juzgada para los efectos del pleito la resolución que puso término á la reclamación anteriormente formulada por el curador del menor para que la madre garantizase así la reserva como el peculio de su hijo, si la absolución de aquélla se fundó en la nulidad de actuaciones, y en no haberse precisado cuál fuera el líquido importe de lo que debía garantir, demostrándolo más y más la reserva expresa de derechos establecida en dicha resolución á favor de la madre y del hijo por su interés en la herencia, reserva que sólo podía referirse al mencionado pleito (C., núm. 172.—6 de Junio de 1891). 751

—— Disponiendo el testador que si el capital de sus bienes no alcanzase á 30.000 duros, equivalentes á 150.000 pesetas, recibiese la mitad del mismo, ó sea 15.000 duros, uno de sus hijos en calidad de legado, á la simple lectura de esta cláusula se comprende que dicho legado es de la mitad del capital que dejare á su fallecimiento el testador, si no llegase á 30.000 duros; y, por lo tanto, al condenar la sentencia al heredero por tal razón al pago de 14.000 duros, mitad del importe de dichos bienes, según el inventario de ellos, formalizado de común acuerdo con el legatario, no infringe la ley 2.ª, Digesto, libro 34, tít. 8.º, relativa á que lo que no sea inteligible debe tenerse por no puesto en los testamentos, siendo insignificante para este punto que en el fallo, después de determinarse la cantidad de 70.000 pesetas, que es lo dispositivo, se empleen las palabras demostrativas «mitad del capital de la herencia», en vez de «mitad del capital de sus bienes».

Al determinar la cuantía del legado por el importe de los bienes que el heredero y legatario expresaron y valoraron en el inventario por ambos formado, no desconoce la sentencia las definiciones contenidas en las leyes del Digesto 39, párrafo primero, libro 50, tít. 16; 43, libro 33, tít. 2.º, y 69, libro 35, tít. 2.º, sobre que se entienden sólo bienes de una persona los que resten, deducidas sus deudas, si en dicho inventario no se contiene deuda alguna.

No infringe por igual razón las leyes 22, párrafo noveno, tít. 30, libro 6.º, Código, y la 1.ª, tít. 7.º, libro 11, Digesto, relativas á que los gastos de funeral y otros análogos son preferentes como deudas del difunto.

Son inaplicables al caso las leyes 32 y 36, tít. 28, libro 3.º *Codicis*, la Auténtica siguiente á la ley 6.ª del mismo título y libro, y la ley 46, tít. 1.º, libro 6.º, Digesto, referentes á la integridad de la porción legítima, que debe ser libre de mermas y gravámenes para los hijos, lo cual no excluye que forme parte de la masa hereditaria de que debe ser deducida, ni menos que se tenga en cuenta en la suma de bienes que el testador dispuso que sirviese de base para fijar la cantidad legada.

La ley 46, tít. 1.º, libro 16 del Digesto, se refiere á los efectos de la estimación por el actor de la cosa que reivindica, y no tiene relación directa alguna con el caso mencionado.

En los legados de cantidad sólo se deben intereses desde la con-

Páginas.

testación á la demanda, al tenor de las leyes 1.ª y 4.ª, tít. 46, libre 6.º del Código (C., núm. 198.—25 de Junio de 1891). 876

—— V. *Juez competente (pago de legado).*

Legatario. — El haber el legatario dejado pasar algunos años sin ejercitar su derecho y haber recibido alimentos del heredero, no extingue la acción mientras ésta no haya prescrito (C., núm. 29.—29 de Enero de 1891). 145

—— V. *Juicio voluntario de testamentaría.*

Legítima.—Las leyes que regulan las legítimas son de derecho público superior á toda convención, y por lo mismo ni los padres están facultados para reducir ó gravar las porciones legitimarias de los hijos, ni éstos pueden renunciarlas válidamente en vida de aquéllos (C., núm. 63.—6 de Marzo de 1891). 304

—— V. *Legado.*

Id. aragonesa. — Si el testador en Aragón, después de señalar á sus hijos la legítima, nombró heredera universal de todos sus bienes á su mujer, para que los disfrutara en pleno dominio y dispusiera de ellos *en sus hijos,* dándoles aquella parte que le pareciera por testamento, por donación ó por cualquier otro título, se deduce á la simple lectura de esta cláusula que aquél procedió con arreglo al fuero único *De testamentis civium,* reconoció que los hijos eran herederos forzosos de sus padres, que era legítima toda la herencia de éstos, y por ello á la heredera le limitó el derecho de disponer, facultándola únicamente para dar más ó menos parte á cada uno de los hijos, pero no para privarles de su derecho á poseer los bienes hereditarios.

La sentencia que así lo estima, ajusta su fallo á la voluntad del testador y no infringe el principio *dicat testator et erit lex,* ni el de *cuantum eis placuerit relincuendo* (C., núm. 43.—13 de Febrero de 1891). 221

Id. en Cataluña.—No infringe la ley *Hæc edictali,* Código *De secundis nuptiis,* el fallo que se atempera al precepto de la misma, según el cual no ha de obtener por ningún concepto la mujer del segundo matrimonio más de lo que corresponda al hijo del primero, mandando que en el caso de contravención el exceso se considere como no dejado y se entregue á los hijos.

La mencionada ley; la 27, Código *De inoff. testamento;* la 2.ª, tít. 5.º, libro 6.º, volumen 1.º de las Constituciones de Cataluña, y las Novelas 22, cap. 27, y 115, capítulos 3.º y 4.º, no disponen que se detraiga la legítima del hijo antes de determinarse la herencia del testador, bastando que le quede á salvo su legítima (C., núm. 165.—2 de Junio de 1891). 725

Legitimación. — En el instante en que Su Santidad, por un acto de su potestad, se dignó dispensar á un profeso en orden religiosa el voto de castidad y autorizarle para contraer matrimonio, no puede éste menos de producir sus efectos, el primero de los cuales es legitimar el hijo en cuya contemplación se otorgó tal vez la dispensa, borrando el vicio de origen con que había nacido.

Lejos de infringirse con esta doctrina el canon *Tanta,* se ajusta á su espíritu y letra, porque terminantemente declara aquél, que «es tal la eficacia del matrimonio, que los engendrados antes se tienen por legítimos después de contraído»; no exceptuándose en la Constitución de Alejandro III, de la cual está tomado el canon, sino al hijo adulterino, al cual declara espúreo é indigno de here-

Páginas.

tado; y que no estando más que indicado en la letra, debe probarse el pacto por otros medios por aquel que lo invoque en apoyo de su derecho, no lo es menos que, á falta de convenio expreso sobre dicho punto, ha de suplirse la voluntad de los interesados por las reglas generales relativas al cumplimiento de las obligaciones.

No estimándolo así la Sala sentenciadora, infringe dicho artículo y el 260 del mismo Código (C., núm. 194.—23 de Junio de 1891). 854

—— V. *Testamentaría en quiebra.*

Libros de comercio.—V. *Prueba documental.*

Licencia judicial.—V. *Bienes de menores.*

Litis expensas.—Según los artículos 1.º y 3.º del nuevo Código civil, las leyes no rigen hasta los veinte días de su promulgación, y no tienen efecto retroactivo si no disponen lo contrario, y conforme al párrafo inicial de las disposiciones transitorias dictadas para su aplicación, y sus reglas 1.ª y 4.ª, las variaciones introducidas por dicho Código que perjudiquen derechos adquiridos, según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo, sino que se regirán por ella, aunque la nueva los regule de otro modo ó no los reconozca, subsistiendo con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente los derechos y acciones nacidos durante ella, aunque no se hayan ejercitado antes de regir el repetido Código, sin otra limitación que la de sujetarse á lo por él dispuesto en cuanto á su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer.

Celebrado con anterioridad al nuevo Código el matrimonio de donde nacen los derechos y acciones que sobre abono de litis expensas ejercite una mujer contra su marido, son inaplicables al caso las disposiciones del mencionado Código (C., núm. 115.—17 de Abril de 1891). 511

Litis pendencia.—No es de estimar la infracción del principio *de lite pendente nihil innovetur,* con referencia á pleitos que tienen entre sí distinto objeto, sin que lo resuelto en uno se oponga á lo pedido en el otro (C., núm. 191.—20 de Junio de 1891). 845

Lugar del contrato.—V. *Juez competente.*

Id. del cumplimiento de la obligación.—V. *Juez competente.*

M

Mandatario.—Aun en el supuesto de que un individuo, más que un mero administrador á sueldo de otro con cargo limitado, aparte del de llevar los libros de contabilidad, á hacer cobros á nombre del mismo y á verificar pagos á cargo y con fondos de la casa, fuera un verdadero mandatario, en este concepto sólo le competiría el derecho de reclamar el abono de los honorarios prometidos y el de las expensas hechas en el desempeño de su gestión, y en modo alguno el de pedir cuentas al demandante, el cual derecho sólo á éste, con relación al mandatario, corresponde.

Mucho menos puede el supuesto mandatario dirigir las reclamaciones relativas á su gestión durante la vida del mandante á la viuda de éste, si no es heredera de su esposo, y resulta, por el

N

Páginas.

O

P

Páginas.

—— Según prescribe en su núm. 9.º el art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso cuando, si bien se apoya en los números 1.º y 2.º del art. 1692, se dirige en realidad contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora, sin citar ley ó doctrina legal infringida por la misma para constituir el error de derecho, ni documento ó acto auténtico que demuestre el error de hecho ó la equivocación evidente del juzgador (C., núm. 83.—17 de Marzo de 1891). 378

—— Con arreglo á lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso cuando, refiriéndose á errores que se suponen cometidos en la apreciación de la prueba, no se llenan por el recurrente los requisitos exigidos en el núm. 7.º del art. 1692, y en cuanto concierne al error de derecho no se cita precepto alguno legal que pueda haber sido infringido al apreciar la prueba.

Las manifestaciones de testigos y las posiciones de las partes no pueden ser consideradas como documentos ó actos auténticos de los mencionados por la ley como medios propios para demostrar la equivocación evidente del juzgador (C., núm. 85. — 18 de Marzo de 1891). 383

—— El recurso autorizado por el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha de fundarse necesariamente, para que pueda prosperar, en haberse cometido error de derecho ó de hecho, con tal que este último resulte evidente de documentos ó actos auténticos.

No se funda en ninguna de estas causas el recurso en que si bien se atribuye á la sentencia recurrida el error de hecho de haber apreciado por valor inferior al verdadero las fincas que fueron objeto de la venta, cuya rescisión por lesión enormísima se pretende, se le hace derivar del dictamen emitido por los peritos sobre el valor de dichas fincas, ni es documento ni siquiera acto auténtico para los efectos del mencionado artículo, sino otro medio de prueba distinto que, sobre no imponerse al criterio judicial, puede y debe ser apreciado libremente con sujeción á las reglas de la sana crítica (C., núm. 116.—17 de Abril de 1891). 516

—— De conformidad con lo prescrito en el núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, son inadmisibles los motivos del recurso que se refieren á la apreciación hecha por la Sala sentenciadora de las declaraciones de los testigos, cuya fuerza probatoria defiere la ley al criterio de los Tribunales (C., núm. 121. —20 de Abril 1891). 541

—— Es improcedente el recurso cuyos motivos se dirigen á contradecir la apreciación de las pruebas documental, pericial y testifical hecha por la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades, sin invocar el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni alegar leyes ó doctrinas relativas al valor de las pruebas que hayan podido infringirse con dicha apreciación, ni tampoco error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador (C., núm. 135. —30 de Abril de 1891). 587

—— Es improcedente el recurso que se dirige contra la sentencia absolutoria de una demanda sobre reivindicación, si aquélla se funda primera y principalmente en que no habiéndose probado la identidad de la cosa demandada, y por tanto, el dominio que

pruebas documental y testifical, deduciendo que no consta la transmisión del dominio al demandante, y contra tal apreciación no se cita ley infringida en los términos que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil (C., núm. 200.—27 de Junio de 1891). 894

—— Es inadmisible el recurso cuyos motivos se fundan en error de hecho cometido por la Sala sentenciadora en la apreciación de las pruebas, y que se dice comprobado por las posiciones ó confesiones de los recurrentes, si es lo cierto que en la sentencia se tuvo en cuenta además el resultado de la prueba documental.

Formando parte de las actuaciones del pleito en que el recurso se interpone las confesiones de los litigantes, no tienen en el mismo, para los efectos de la casación, el carácter de documentos auténticos de que trata el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil (C., núm. 202.—27 de Junio de 1891). 904

—— V. *Prueba testifical, Recurso de casación (citas legales), Idem (cuestión de hecho), Id. (error de hecho), Id. (hechos de la sentencia).*

—— (AUTO NO DEFINITIVO).—Aceptada por los acreedores la proposición del deudor, que les cedió su activo, de que una comisión de los mismos, en unión del segundo, se encargue de la liquidación, el auto que ordena la entrega del activo á dicha Comisión liquidadora, á presencia y con intervención de los acreedores, no tiene el carácter de definitivo en ninguno de los conceptos que expresan los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues lejos de impedir la continuación del pleito, tiende á su más perfecto cumplimiento en garantía de los acreedores (C., número 22.—21 de Enero 1891). 100

—— El auto denegatorio de la tramitación de un incidente sobre nulidad de otro proveído, teniendo por parte á un litigante, no es sentencia definitiva que termine el juicio ni reviste el concepto de tal, porque no pone término al pleito haciendo imposible su continuación, ni se halla en ninguno de los demás casos expresados en el art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Contra las sentencias que no tienen el concepto de definitivas, no procede admitir el recurso de casación, según lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1729 de la citada ley (C., núm. 94.—28 de Marzo de 1891). 432

—— El auto por el cual se alza la suspensión de prueba, no tiene el concepto de sentencia definitiva, ni impide la continuación del pleito, ni se halla en ninguno de los casos que se expresan en el art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Contra las sentencias que no tengan dicho concepto, no procede el recurso de casación, según dispone el núm. 3.º del art. 1729 de la mencionada ley (C., núm. 133.—27 de Abril de 1891). 576

—— Con arreglo á lo prescrito en el núm. 3.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, procede la no admisión del auto que no pone término al pleito ni hace imposible su continuación, y en su consecuencia, no obtiene el carácter de definitivo en ninguno de los conceptos que comprenden los artículos 1689 y 1690 de dicha ley.

En tal caso se encuentra el auto denegatorio de la suspensión de un incidente de la demanda principal en tanto que se decide

Páginas.

el recurrente ley ni doctrina que se haya infringido, ni se alega que aquélla haya incurrido en error de hecho al apreciar las pruebas (C., núm. 112.—15 de Abril de 1891). 499

—— Se opone á la admisión del recurso el núm. 7.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, si se alega en aquél como infringida la ley 11 de Toro, expresándose que ésta exige el reconocimiento del hijo por la madre, siendo así que sólo se refiere dicha disposición al reconocimiento por parte del padre (C., número 140.—6 de Mayo de 1891). 611

—— No ha lugar á admitir el recurso cuando en él no se expresa con precisión y claridad la ley y doctrina legal que se crea infringida, así como el concepto en que lo haya sido, cual lo dispone el art. 1718 de la ley de Enjuiciamiento civil (C., núm. 142.—9 de Mayo de 1891). 622

—— V. *Recurso de casación (apreciación de prueba), Id. (cuestión de hecho), Id. (error de derecho), Id. (leyes procesales).*

—— (CITAS LEGALES IMPERTINENTES).—No es de estimar la infracción de leyes que, si bien citadas en la demanda por el actor recurrente, no se invocan ni se aplican por la sentencia recurrida (C., núm. 34.—30 de Enero de 1891). 191

—— Es de todo punto inoportuna en los recursos en el fondo la cita de disposiciones de la ley Procesal no declarativas de derecho sustantivo alguno (C., núm. 106.—11 de Abril de 1891). 481

—— Atacándose una sentencia como incongruente, no es pertinente la cita de la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, sino la del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que es, en su caso, el aplicable (C., núm. 191.—20 de Junio de 1891). 845

—— (CITAS LEGALES DE LA SENTENCIA).—Como con repetición ha dicho el Tribunal Supremo, contra los errores de doctrina é inexactitudes en la cita de leyes que se cometan en la parte expositiva de la sentencia, no puede entablarse útilmente el recurso de casación por infracción de ley (C., núm. 35.—3 de Febrero de 1891). 193

—— (CONSIDERANDOS).—Los considerandos del fallo no pueden ser objeto de casación (C., núm. 6.º—9 de Enero de 1891). 30

—— La misma doctrina en sentencias de 17 de Enero, 18 y 24 de Marzo, y 2 y 20 de Junio de 1891 (números 87, 399, 406, 717 y 845).

—— La casación no se da contra los razonamientos y citas legales de la sentencia, sino contra la parte dispositiva de la misma (C., núm. 97.—1.º de Abril de 1891). 444

—— No son de estimar los motivos del recurso que se refieren á algunos de los fundamentos de la sentencia, la cual abonan y justifican otras razones (C., núm. 139.—6 de Mayo de 1891). 606

—— No ha lugar al recurso por el que sólo se impugnan doctrinas más ó menos exactas de los considerandos, que por sí mismos no pueden ser objeto de casación, y mucho menos cuando el fallo no se funda exclusivamente en ellos (C., núm. 143.—11 de Mayo de 1891). 623

—— (CUESTIÓN DE COMPETENCIA).—Según el art. 106 de la ley de Enjuiciamiento civil, contra las sentencias de las Audiencias en que se deciden cuestiones de competencia, sólo se da el recurso

Páginas.

sobre pago de obras y honorarios, no habrían sido infringidas las leyes 1.ª y 18, tít. 35, libro 4.º del Código de Justiniano, el párrafo cuarto de la 27, tít. 1.º, libro 17 del Digesto, y la 20, título 12, Partida 5.ª, si la Sala sentenciadora reconoce y sanciona con su fallo el derecho del demandante para ser reintegrado de las cantidades justamente invertidas por el mismo al desempeñar el encargo que recibió del demandado, y al fijar su importe, separándose de la cuenta formulada por el propio demandante, tan sólo ha resuelto una cuestión de hecho planteada en el litigio oportunamente á virtud de la impugnación del demandado; resolución que ha quedado firme por no haberse utilizado contra ella el recurso autorizado por el núm. 7.º del art. 1682 de la ley de Enjuiciamiento civil, que era el adecuado para combatirla, dado que para ello hubiera justo motivo (C., núm. 183.—16 de Junio de 1891). 806

—— (DEFENSA POR POBRE).—V. *Recurso de casación (depósito).*

—— (DENEGACIÓN DE PRUEBA).—V. *Recurso de casación (recibimiento).*

—— (DEPÓSITO).—Han de entenderse conformes de toda conformidad las sentencias á los efectos de la constitución de depósito para interponer recurso de casación por infracción de ley, con arreglo al párrafo segundo del art. 1698 de la de Enjuiciamiento civil, aun cuando varíen en lo relativo á la condena de costas.

No constituyéndolo en tal caso el recurrente, no procede admitir el recurso formulado, en observancia á lo dispuesto en el artículo 1729, caso 2.º, de la ley citada (C., núm. 61.—4 de Marzo de 1891). 291

—— Mediante la conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia, y no haber obtenido el recurrente en sentencia firme la declaración de pobreza para litigar en los autos de su referencia, hallándose pendiente el incidente incoado al efecto, ha debido constituir el oportuno depósito, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1698 de la ley de Enjuiciamianto civil, y no habiéndolo verificado, es inadmisible el recurso, conforme á lo prevenido en el núm. 2.º del 1729 de la misma ley, y reiteradamente declarado por el Tribunal Supremo (C., núm. 189.—19 de Junio de 1891). 839

—— La Sala tercera tiene declarado en repetidos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1698 de la ley de Enjuiciamiento civil, que para eximirse de la constitución del depósito establecido en dicho artículo es preciso haber obtenido por sentencia firme la declaración de pobreza para litigar, y que esta situación excepcional interesa á la misma parte recurrente que resulte acreditada al formular el recurso, siendo á ella sólo imputable la falta de tal justificación.

El no haberse constituído el depósito correspondiente en los casos que la ley lo exige, por ser las sentencias dictadas conformes de toda conformidad, impide la admisión del recurso de casación, conforme á lo establecido en el art. 1729, caso 2.º, en relación con el 1728 (C., núm. 193.—20 de Junio de 1891). 853

—— (EJECUCIÓN DE SENTENCIA).—El art. 944 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone de un modo claro y terminante que no se dé recurso alguno contra los fallos que las Audiencias pronuncien en la materia referente á la liquidación de frutos, rentas,

Páginas

S

Páginas.

llecimiento del testador se abrió su sucesión y que en ese día, no existiendo nieto alguno de aquél y siendo el sustituto el único entonces con carácter de heredero propietario, adquirió el mismo el derecho á los bienes que, siquiera fuese eventual, se transmitiría por su defunción á sus hijos y definitivamente se resolvería á favor de éstos al morir el usufructuario sin dejar descendencia, con tanto más motivo cuanto que el derecho del sustituto únicamente podría haberse extinguido por la existencia de algún nieto del testador que hubiere tenido prole, pues en otro caso, dicho nieto, hijo del usufructuario, tampoco haría suyos los bienes.

Estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el testamento ni las doctrinas concordantes con las leyes del Digesto 3.ª, 4.ª, 69 y 81, libro 29, tít. 2.º, *De adquirenda vel omittenda hereditate* (C., núm. 139.—6 de Mayo de 1891). 606

—— V. *Heredero.*

Sustitución vulgar.—La sustitución vulgar caduca una vez que el primer heredero instituído acepta la herencia, porque entonces falta el motivo que le da vida; lo que sobre hallarse expresamente determinado en la ley 4.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, es una condición necesaria de la institución, tal como se define y en parte regula por las leyes 1.ª y 2.ª del propio título y Partida; cuya doctrina es aplicable á la sustitución de los herederos de confianza, salvo lo que el testador dispusiere lícitamente en contrario (C., núm. 24. —24 de Enero de 1891). 104

—— Si el testador en 1821 instituyó á su hijo *heredero universal propietario,* y *sucedida* su muerte al hijo mayor varón de éste, y al propio tiempo, teniendo en cuenta el estado de derecho creado por la ley desvinculadora de 1820, eligió y nombró *sucesor universal* de ciertos fideicomisos al expresado su hijo, y el *premuerto* al hijo mayor varón que le sobreviviera, ejercitó su derecho en el modo que tuvo por conveniente, distinguiendo los derechos que transmitía al heredero y conocedor de las consecuencias de las sustituciones, no confundió los bienes que se desvinculaban con los propios de la institución *de heredero universal propietario.*

Habiendo éste sobrevivido al testador, por lo que la sustitución vulgar no tuvo efecto, quedó dueño el instituído de todos los bienes fideicometidos respecto á una mitad, por tener la cualidad de reservables, y tocante á la otra por la libre voluntad del testador, y apareciendo ésta pura y clara, rechazando toda interpretación, es evidente que el instituído pudo disponer de los bienes que constituían los fideicomisos, puesto que se le habían transmitido legalmente y no podían estimarse gravados en restitución.

Entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 5.ª, título 33, Partida 7.ª, ni la de 11 de Octubre de 1820, restablecida por la de 30 de Agosto de 1836 (C., núm. 176.—13 de Junio de 1891). 765

—— No habiendo sido heredero el sustituto del instituído y falleciendo éste sin hijos y en estado de soltero, debe recaer la herencia en los llamados en tercer lugar, según la voluntad del testador, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª

No es aplicable la ley 4.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, cuando no se trata de una sustitución vulgar que espira en el momento en que el

vez que, según prescribe el art. 687 del mismo Código civil, será nulo el otorgado sin observarse las formalidades respectivamente establecidas en todo aquel capítulo.

Los artículos 700 y 702 del Código civil guardan entre sí íntima relación y hay que apreciarlos juntamente.

El art. 687, que es el aplicable al caso de la referencia de aquéllos, porque el 705 trata del testamento autorizado por Notario, se refiere precisamente á la inobservancia de las *formalidades* establecidas para cada caso.

La ley no distingue entre las *formalidades* y las *solemnidades* propias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indistintamente una y otra palabra, por ser sinónimas y referirse ambas á la forma ó modo de hacer el otorgamiento, como así lo demuestra el art. 699 de la misma sección (C., núm. 45.—16 de Febrero de 1891). 228

Testamento de mancomún.—Tratándose de un testamento de mancomún, por el que los testadores se instituyeron mutuamente, y para después de la muerte del último de ellos, á unos sobrinos, quedando facultado el sobreviviente para variar esta institución en favor de los demás herederos que nombraran, en el caso de que el comportamiento de los mismos no llenara los deseos del referido sobreviviente, lejos de infringir la ley del testamento y la ley 5.ª, tít. 33, Part. 6.ª, las aplica rectamente la sentencia que estima que aquél estaba facultado para variar, y por consiguiente, revocar y dejar sin efecto la institución de herederos en favor de los citados sobrinos, en el caso de no llenar sus deseos el comportamiento de éstos, sin que obste para ello, tratándose de herederos voluntarios, el que no aparezca justificado en legal forma ese mal comportamiento, toda vez que el testador premuerto no exigió prueba alguna que lo demostrase, revelándose claramente que defería en tal extremo á la apreciación del sobreviviente, como éste se sometía á la de aquél, y no habiendo motivo para creerle interesado personalmente en dicha revocación, puesto que la herencia debe pasar á los sustitutos, los cuales, y no los primeros, tendrán expedito su derecho para reclamarla según corresponda (C., núm. 5.º —7 de Enero de 1891). 23

Id. sacramental.—El testamento sacramental, aunque privilegiado, exige en el que le otorga ánimo deliberado de testar y la manifestación de su voluntad ante testigos.

Esto supuesto, no infringe el capítulo 48 del privilegio *recognoverunt proceres*, ni la doctrina establecida en las sentencias de 28 de Diciembre de 1872 y 28 de Abril de 1885, la que no da lugar á elevar á testamento sacramental la supuesta última voluntad de una persona, si la Sala, apreciando la prueba, declara que la testifical suministrada por el demandante no ofrece la conformidad bastante para estimar testamento las palabras que se dice pronunció el supuesto testador, tomando además en cuenta el estado de éste y el haber otorgado dos meses antes testamento ante Notario público (C., núm. 104.—10 de Abril de 1891). 475

Testigos.—V. *Prueba testifical.*

Título nobiliario.—La sentencia que declara el preferente derecho de un individuo á un título nobiliario, no infringe los artículos 8.º y 9.º del decreto de 28 de Diciembre de 1846, si la Sala sentenciadora ajusta su fallo á la ley 2.ª, tít. 15, Partida 2.ª, toda

FIN DEL REPERTORIO ALFABÉTICO